Biblioteca Filosofica 9

Carl Schmitt

IL NOMOS DELLA TERRA

ADELPHI

Del Nomos della terra si potrebbe dire che sta al diritto internazionale e alla filosofia politica del nostro tempo come Essere e tempo di Heidegger sta alla metafisica: opere inevitabili, che faranno sempre discutere e alle quali sempre si tornerà. Carl Schmitt pubblicò questo libro nel 1950, quando ancora si trovava in una posizione di totale isolamento in Germania. Ma proprio in quest'opera, che è un po' la summa del suo pensiero giuridico e politico, si sollevò nettamente al di sopra di ogni contingenza. E questo gli permise di aprire la prospettiva su fatti che in quegli anni erano impensabili: per esempio il terrorismo o la guerra civile globale come agenti decisivi del futuro. A questi risultati Schmitt giunge attraverso una disamina minuziosa delle varie teorie che sono apparse nell'epoca aurea dello jus publicum Europaeum, dimostrando una volta per tutte che, per sfuggire alla furia delle guerre di religione, il gesto salutare è stato la rinuncia allo justum bellum. Di conseguenza, il delicato passaggio dalla justa causa belli allo justus hostis ha reso possibile «il fatto stupefacente che per duecento anni in terra europea non ha avuto luogo una guerra di annientamento». In quel breve intervallo lo jus publicum Europaeum si combinava con l'avviarsi del funzionamento della machina machinarum, «prima macchina moderna e insieme presupposto concreto di tutte le altre macchine tecniche»: lo Stato moderno. Allora la «guerre en forme», questo gioco crudele, salvato però dal rigore della sua regola, conferiva una nuova unità a un certo ambito spaziale (una certa parte dell'Europa) e lo faceva coincidere con il luogo stesso della civiltà. Poi il gioco si frantuma dall'interno: nell'agosto 1914 comincia una guerra che si presenta come tante altre dispute dinastiche – e invece si rivela subito essere la prima guerra tecnica, che nega già nel suo apparato ogni possibilità di «guerre en forme». Così emerge anche la guerra rivoluzionaria, variante finale della guerra di religione, sigillo delle guerre civili. La forma moderna della verità, la più efficace, la più distruttiva, è tautologica: ciò che è rivoluzionario è giusto perché è rivoluzionario: con ciò si ripropone e trova sbrigativa risposta la questione della justa causa belli.

Ocr e conversione a cura di Natjus

CREATIVE COMMONS

DELLO STESSO AUTORE:

Donoso Cortes
Ex Captivitate Salus
Teoria del partigiano
Terra e mare

Carl Schmitt

IL NOMOS DELLA TERRA

NEL DIRITTO INTERNAZIONALE DELLO « JUS PUBLICUM EUROPAEUM »

Traduzione e postfazione di Emanuele Castrucci

Cura editoriale di Franco Volpi

TITOLO ORIGINALE:
Der Nomos der Erde
im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum

Prima edizione: giugno 1991
Quarta edizione: ottobre 2006

© 1974 DUNCKER & HUMBLOT BERLIN
© 1991 ADELPHI EDIZIONI S.P.A. MILANO

www.adelphi.it
ISBN 88-459-0846-1

INDICE

Prefazione

I. CINQUE COROLLARI INTRODUTTIVI

1. Il diritto come unità di ordinamento e di localizzazione

2. Il diritto internazionale preglobale

3. Cenni sul diritto internazionale del Medioevo cristiano

a) La *respublica christiana* come ordinamento spaziale, b) L'impero cristiano come forza frenante (*kat-echon*), c) Impero, cesarismo, tirannide,

4. Sul significato del termine nomos

a) Nomos e legge,b) Il nomos come sovrano, c) Il nomos in Omero, d) Il nomos come principio fondamentale della suddivisione dello spazio,

5. La conquista territoriale come processo costitutivo del diritto internazionale

II. LA CONQUISTA TERRITORIALE DI UN NUOVO MONDO

1. Le prime linee globali. (Dalla *raya,* attraverso la *amity line,* alla linea dell'emisfero occidentale)

2. La giustificazione della conquista territoriale di un nuovo mondo (Francisco de Vitoria)

3. I titoli giuridici della conquista territoriale di un nuovo mondo. Scoperta e occupazione

a) Lo Stato quale nuovo ordinamento territoriale, b) Occupazione e scoperta quali titoli giuridici della conquista territoriale, c) La scienza giuridica di fronte alla conquista territoriale di un nuovo mondo. In particolare Grazio e Pufendorf,

III. LO « JUS PUBLICUM EUROPAEUM »

1. Lo Stato come entità portante di un nuovo ordinamento spaziale della terra a carattere interstatale ed eurocentrico

a) Il superamento della guerra civile nella guerra in forma statale, b) La guerra come relazione tra persone egualmente sovrane, c) L'ordinamento spaziale complessivo, d) La dottrina hegeliana dello Stato e la dottrina rousseauiana della guerra,

2. La trasformazione delle guerre medioevali (crociate o faide) in guerre statali non discriminanti (da Ayala a Vattel)

a) Baltasar Ayala, b) Dubbi sulla guerra giusta, c) Alberico Gentile, d) Grozio sul problema della guerra giusta, e) Richard Zouch, f) Pufendorf, Bynkershoek, Vattel, g) Il nemico ingiusto in Kant,

3. La libertà dei mari

a) I due ordinamenti spaziali: terraferma e mare libero, b) Il mare libero è *res nullius* o *res omnium?*, c) Il passaggio dell'Inghilterra a un'esistenza marittima, d) Una « guerra libresca dei cent'anni », e) Dalla libertà elementare dei mari alla libertà ordinata,

4. Mutamenti territoriali

a) Mutamenti territoriali all'esterno e all'interno di un ordinamento spaziale internazionale,

b) Mutamenti territoriali all'interno dello *jus publicum Europaeum*, c) La successione tra Stati nello *jus publicum Europaeum* (in seguito a conquista territoriale definitiva), d) L'*occupatio bellica* nello *jus publicum Europaeum* (la presa di possesso provvisoria),

Cenni sulle possibilità e sulle componenti del diritto internazionale non relative allo Stato

IV. LA QUESTIONE DI UN NUOVO NOMOS DELLA TERRA

1. L'ultima conquista territoriale europea complessiva. (La conferenza sul Congo del 1885)

2. La dissoluzione dello *jus publicum Europaeum* (1890-1918)

3. La Lega di Ginevra e il problema dell'ordinamento spaziale della terra

4. Il mutamento di significato della guerra

a) Il trattato di Versailles del 1919, (1. La criminalità di guerra nel vecchio senso del termine: art. 228 del trattato di Versailles, 2. Guglielmo II criminale di guerra, 3. L'articolo sulle responsabilità di guerra nel trattato di Versailles,) b) La

tendenza alla criminalizzazione della guerra di aggressione nel protocollo di Ginevra del 1924, (1. Le origini del protocollo di Ginevra del 2 ottobre 1924, 2. Il contenuto del protocollo di Ginevra, 3. La fattispecie del nuovo crimine: atto di aggressione, guerra di aggressione, guerra ingiusta,)

5. L'emisfero occidentale

6. Il mutamento di significato del riconoscimento giuridico-internazionale

a) Il dilemma tra isolamento e intervento, b) La problematica relativa al riconoscimento di ribelli (a partire dall'esempio della guerra di secessione), c) Il mutamento di significato del riconoscimento di un governo straniero,

7. La guerra con i moderni mezzi di annientamento

a) L'immagine spaziale di un teatro di guerra suddiviso secondo terra e mare, b) La trasformazione dell'immagine spaziale del teatro di guerra, c) La trasformazione dello spazio nella guerra aerea, d) Il problema della guerra giusta,

La ricerca del nomos *di Emanuele Castrucci*

Indice dei nomi

Indice analitico

IL NOMOS DELLA TERRA

NEL DIRITTO INTERNAZIONALE DELLO «JUS PUBLICUM EUROPAEUM

PREFAZIONE

Depongo questo libro, frutto inerme di dure esperienze, sull'altare della scienza giuridica, una scienza che ho servito per oltre quarant'anni. Non posso prevedere chi si impadronirà della mia offerta, se un uomo di pensiero, un uomo che vorrà utilizzarla praticamente, o un distruttore e un annientatore che non rispetterà il diritto d'asilo. Il destino di un libro non sta nelle mani dell'autore, così come non vi sta il suo destino personale, che ad esso è legato.

Per la cosa di cui tratta, il libro potrebbe portare come massima due versi di Goethe del luglio 1812:

Das Kleinliche ist alles weggeronnen,
Nur Meer und Erde haben hier Gewicht.[1]

Il discorso verte qui infatti su terraferma e mare libero, occupazioni di terra e occupazioni di mare, ordinamento e localizzazione [*Ordnung und Ortung*].

Ma per quanto la massima sia grandiosa, essa contiene pur sempre un pericolo. I due straordinari versi allontanano troppo l'attenzione dal tema del diritto internazionale e inducono invece a considerazioni geografico-naturalistiche o mitologico-elementari. Ciò non renderebbe giustizia all'idea fondamentale del libro, elaborata con grande sforzo, che è

propriamente giuridica. Devo ai geografi, in primo luogo a Mackinder, un grande ringraziamento. Ciò nonostante, il lavoro del pensiero giuridico rimane qualcosa di diverso dalla geografia. I giuristi non hanno appreso la loro conoscenza di cose e di territori, di realtà e di territorialità, dai geografi. Il concetto di occupazione di mare è stato coniato da un giurista, e non da un geopolitico. Nel-l'autoconsapevolezza di giurista mi trovo a concordare con un importante studioso contemporaneo di diritto internazionale, Camilo Barcìa Trelles, che ha trattato anch'egli il tema della terra e del mare.

Molto più profondo di quello con la geografia è il legame con le fonti mitiche del sapere storico-giuridico. Esse ci sono state rese accessibili da Johann Jakob Bachofen, ma non dobbiamo dimenticare i numerosi suggerimenti del geniale Jules Michelet. Bachofen è il legittimo erede di Savigny. Egli ha sviluppato, rendendolo infinitamente fruttuoso, ciò che il fondatore della scuola giuridica storica intendeva per storicità. Si tratta di qualcosa di diverso dall'archeologia e dal museo. Tocca la questione stessa dell'esistenza della scienza giuridica, che oggi si trova schiacciata tra teologia e tecnica, se non riesce ad affermare in una dimensione storica rettamente conosciuta e resa fruttuosa il terreno della propria esistenza.

Ecco perché il problema dell'esposizione diventa particolarmente arduo. Intralci e ostacoli di ogni genere fanno parte della nostra situazione odierna. Anche a un critico sprovveduto non riuscirà difficile scoprire carenze bibliografiche o di altro genere. A ciò va aggiunto il fatto che io mi guardo da ogni attualità e che preferisco pertanto interrompermi in qualche punto, pur di non incorrere in un falso sospetto. Tutti gli esperti lamentano in verità la babele linguistica del nostro tempo, la rozzezza della lotta ideologica e la dissoluzione e contaminazione perfino dei concetti più comuni e correnti nella nostra odierna sfera pubblica. Non resta allora altro da

fare che vagliare l'ingente quantità di materiale, esporre oggettivamente le nuove idee, evitare polemiche inutili e non mancare la grandezza del tema. Poiché entrambi, il tema in sé e la sua situazione nel presente, dispongono di una forza travolgente.

L'ordinamento eurocentrico finora vigente del diritto internazionale sta oggi tramontando. Con esso affonda il vecchio nomos della terra. Questo era scaturito dalla favolosa e inattesa scoperta di un nuovo mondo, da un evento storico irripetibile. Una sua ripetizione moderna si potrebbe pensare solo in paralleli immaginari, come se ad esempio uomini in viaggio verso la luna scoprissero un nuovo corpo celeste finora del tutto sconosciuto, da poter sfruttare liberamente e da utilizzare al fine di alleggerire i conflitti sulla terra. La questione di un nuovo nomos della terra non può trovare una risposta in siffatte fantasie. E neppure potrà essere risolta mediante ulteriori scoperte nel campo delle scienze naturali. Il pensiero degli uomini deve nuovamente rivolgersi agli ordinamenti elementari della loro esistenza terrestre. Noi siamo alla ricerca del regno di senso della terra. Questa è l'impresa rischiosa del presente libro e questo l'imperativo che sta all'origine del nostro lavoro.

E' agli spiriti pacifici che è promesso il regno della terra. Anche l'idea di un nuovo nomos della terra si dischiuderà solo a loro.

Estate 1950

Note

1. « Ciò che è piccino è scorso via tutto quanto, / hanno qui peso ormai mare e terra soltanto ». Dalla poesia *Ihro der Kaiserin von Frankreich Majestät,* in *Goethes Werke,* edite per incarico della gran-duchessa Sofia di Sassonia, Weimar, 1887-1919, sezione prima, v XVI, 1894, p. 328 [N.d.C.].

I

CINQUE COROLLARI INTRODUTTIVI

1. *Il diritto come unità di ordinamento e di localizzazione*

La *terra* è detta nel linguaggio mitico la madre del diritto. Ciò allude a una triplice radice dei concetti di diritto e di giustizia.

In primo luogo la terra fertile serba dentro di sé, nel proprio grembo fecondo, una misura interna. Infatti la fatica e il lavoro, la semina e la coltivazione che l'uomo dedica alla terra fertile vengono ricompensati con giustizia dalla terra mediante la crescita e il raccolto. Ogni contadino conosce l'intima proporzione di questa giustizia.

In secondo luogo il terreno dissodato e coltivato dall'uomo mostra delle linee nette nelle quali si rendono evidenti determinate suddivisioni. Queste linee sono tracciate e scavate attraverso le delimitazioni dei campi, dei prati e dei boschi. Nella varietà dei campi e dei terreni, nella rotazione delle colture e nei terreni a maggese, esse sono addirittura impiantate e seminate. E' in queste linee che si riconoscono le misure e le regole della coltivazione, in base alle quali si svolge il lavoro dell'uomo sulla terra.

In terzo luogo, infine, la terra reca sul proprio saldo suolo recinzioni e delimitazioni, pietre di confine, mura, case e altri edifici. Qui divengono palesi gli ordinamenti e le localizzazioni della convivenza umana. Famiglia, stirpe, ceppo e ceto,

tipi di proprietà e di vicinato, ma anche forme di potere e di dominio, si fanno qui pubblicamente visibili.

Così la terra risulta legata al diritto in un triplice modo. Essa lo serba dentro di sé, come ricompensa del lavoro; lo mostra in sé, come confine netto; infine lo reca su di sé, quale contrassegno pubblico dell'ordina-mento. Il diritto è terraneo e riferito alla terra. E' quanto intende il poeta quando, parlando della terra universalmente giusta, la definisce *justissima tellus.*

Il *mare* invece non conosce un'unità così evidente di spazio e diritto, di ordinamento e localizzazione. E' vero che anche le ricchezze del mare, pesci, perle e altro, vengono ricavate dall'uomo con un duro lavoro, ma non — come accade per i frutti della terra — secondo un'intima proporzione di semina e raccolto. Nel mare non è possibile seminare e neanche scavare linee nette. Le navi che solcano il mare non lasciano dietro di sé alcuna traccia. « Sulle onde tutto è onda ». Il mare non ha carattere, nel significato originario del termine, che deriva dal greco *charassein,* scavare, incidere, imprimere. Il mare è libero. Questo significa, secondo il recente diritto internazionale, che il mare non costituisce un territorio statale e che esso deve restare aperto a tutti in modo eguale per tre ambiti tra loro molto diversi dell'attività umana, e cioè la pesca, la navigazione pacifica e la belligeranza. Così almeno si legge nei manuali di diritto internazionale. E' facile immaginare cosa diventi in pratica questo eguale diritto alla libera utilizzazione del mare nel momento in cui si crea una collisione nello spazio, quando ad esempio il diritto alla libera pesca o il diritto di un neutrale alla navigazione pacifica si scontra con il diritto di una forte potenza marittima alla libera belligeranza. La medesima superficie di mare, egualmente libera per queste tre attività, dovrebbe allora diventare allo stesso tempo lo scenario e il campo d'azione sia di un lavoro

pacifico, sia dell'attività bellica propria di una moderna guerra marittima.

Allora il pacifico pescatore può pescare pacificamente proprio nel punto in cui la potenza marittima belligerante è libera di piazzare le sue mine, mentre il neutrale può navigare liberamente proprio là dove i belligeranti possono annientarsi reciprocamente con mine, sommergibili e aerei.

Tutto ciò però riguarda già problemi tipici di una situazione moderna complessa. Originariamente, prima della fondazione di grandi imperi marittimi, il principio della libertà del mare sanciva qualcosa di molto semplice: cioè che il mare costituisce una zona libera, di libera preda. Qui il corsaro, il pirata, poteva svolgere il suo malvagio mestiere in buona coscienza. Se aveva fortuna, trovava in una ricca preda la ricompensa per la rischiosa impresa di essersi avventurato nel mare libero. Il termine *pirata* deriva dal greco *peiran*, che significa provare, tentare, osare. Nessuno degli eroi di Omero si sarebbe vergognato di essere figlio di un simile pirata che sfida con audacia la propria fortuna. In mare aperto non vi erano infatti né recinzioni né confini, né luoghi consacrati né localizzazione sacrale *[sakrale Ortung]*, né diritto né proprietà. Molti popoli rimanevano sulle montagne, lontano dalle coste, senza perdere mai l'antico pio timore del mare. Virgilio profetizzò nella quarta egloga che nell'età felice che stava per giungere la navigazione non sarebbe più esistita. Anzi, in un testo sacro della nostra fede cristiana, l'Apocalisse di san Giovanni, leggiamo della nuova terra, purificata dal peccato, che su di essa non ci sarà più mare: ἡ θάλασσα οὐκ ἔστιν ετι. Anche molti giuristi appartenenti a popoli di terra conoscono questo timore del mare. Esso si ritrova ancora in certi autori spagnoli e persino portoghesi del XVI secolo. Un famoso giurista e umanista italiano di questo periodo, Alciato, sostiene che la pirateria è un crimine con circostanze attenuanti. «

Pirata minus delinquit, quia in mari delinquit». In mare non vale alcuna legge.

Solo con la nascita di grandi imperi marittimi o, secondo l'espressione greca, talassocrazie, anche in mare si stabilirono sicurezza e ordine. Coloro che turbavano l'ordine così stabilito decaddero allora al rango di comuni delinquenti. Il pirata venne dichiarato nemico del genere umano, *hostis generis humani*. Ciò significa che fu espulso e bandito dai sovrani degli imperi marittimi, privato di ogni diritto e proscritto senza tregua. Simili estensioni del diritto nello spazio del mare libero sono avvenimenti della storia universale di portata rivoluzionaria. Le definiremo *occupazioni di mare*. Gli Assiri, i Cretesi, i Greci, i Cartaginesi e i Romani nel Mediterraneo, gli Anseatici nel Mar Baltico, gli Inglesi su tutti i mari, hanno « occupato il mare » in questo modo. «The sea must be kept», il mare deve essere occupato, così si esprime un autore inglese.[1] Ma le occupazioni di mare diventeranno possibili solo in uno stadio successivo dello sviluppo dei mezzi di potere a disposizione dell'uomo e della coscienza umana dello spazio.

I grandi atti primordiali del diritto restano invece localizzazioni legate alla terra. Vale a dire: occupazioni di terra, fondazioni di città e fondazioni di colonie. In una definizione medioevale delle *Etymologiae* di Isidoro di Siviglia, ripresa nella prima parte del famoso *Decre-tum Gratiani* (attorno al 1150), è indicata con estrema concretezza l'essenza del diritto internazionale: «Jus gentium est sedium occupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, foedera pacis, induciae, legatorum non violandorum religio, connubia inter alienigenas prohibita». Ciò significa letteralmente: il diritto internazionale è occupazione di terra, fondazione di città, fortificazione, guerre, prigionie, servitù, illibertà, ritorni dalla prigionia, alleanze e trattati di pace, armistizi, inviolabilità degli ambasciatori e divieti di contrarre matrimonio con

stranieri. L'occupazione di terra compare al primo posto. Del mare non si fa menzione. Nel *Corpus Juris Justiniani* (ad esempio Dig., *De verborum significatione,* 118) si trovano definizioni simili, nelle quali si parla di guerre, di diversità tra popoli, di imperi e di confini, e soprattutto del commercio e del traffico (*commercium*) quale essenza del diritto internazionale. Varrebbe la pena di confrontare e di considerare su un piano storico le singole componenti di tali definizioni. Sarebbe comunque più sensato che non richiamarsi alle astratte definizioni concettuali, conformate a cosiddette norme, che si trovano nei moderni manuali. Quella sommaria elencazione medioevale è tuttora istruttiva, ed è la definizione più concreta di ciò che chiamiamo diritto internazionale. Alle occupazioni di terra e alle fondazioni di città è infatti sempre legata una prima misurazione e ripartizione del suolo utilizzabile. Nasce così un primo criterio di misura che contiene in sé tutti i criteri successivi. Esso resterà riconoscibile fintanto che la costituzione rimarrà riconoscibilmente la stessa. Ogni successiva relazione giuridica con il suolo del territorio ripartito dalla tribù o dal popolo occupante, ogni istituzione di una città protetta da mura o di una nuova colonia sono determinati da questo criterio originario di misura, e ogni giudizio ontonomo, ontologicamente giusto, procede dal suolo. Limitiamoci quindi dapprima ad un esame dell'occupazione di terra in quanto atto primordiale che istituisce diritto.

Un'occupazione di terra istituisce diritto secondo una duplice direzione: verso l'interno e verso l'esterno. Verso l'interno, vale a dire internamente al gruppo occupante, viene creato con la prima divisione e ripartizione del suolo il primo ordinamento di tutti i rapporti di possesso e di proprietà. Se da questa prima ripartizione della terra scaturisca una proprietà pubblica o solo privata, una proprietà collettiva o individuale, o entrambe, se vengano fatte o meno misurazioni ca-

tastali, compilati o meno libri fondiari, questo è un problema successivo, e riguarda distinzioni che presuppongono già l'atto di occupazione comune della terra e che derivano solo da questo. Nella realtà storica si presentano tutte le combinazioni e le connessioni pensabili dei titoli giuridici e di possesso. Ma sia nel caso in cui la prima ripartizione della terra istituisca una proprietà privata puramente individualistica, sia nel caso in cui istituisca invece una proprietà associativa comune all'intera stirpe, questa proprietà dipende dall'occupazione comune di terra e deriva giuridicamente dall'atto primordiale comune. In questo modo ogni occupazione di terra crea sempre, all'interno, una sorta di *superproprietà* della comunità nel suo insieme, anche se la ripartizione successiva non si arresta alla semplice proprietà comunitaria e riconosce la proprietà privata, pienamente « libera », del singolo.

Verso l'esterno, il gruppo occupante si trova posto di fronte ad altri gruppi e potenze che occupano la terra o ne prendono possesso. Qui l'occupazione di terra rappresenta un titolo di diritto internazionale in due maniere differenti. O si acquista una porzione di suolo da uno spazio che era stato fino ad allora giuridicamente *libero,* che cioè secondo il diritto esterno del gruppo occupante non aveva alcun signore e padrone riconosciuto; oppure viene sottratta al possessore e padrone *riconosciuto* fino ad allora una porzione di suolo che viene trasmessa al nuovo possessore e padrone. Non è difficile comprendere che l'acquisizione di un suolo fino a quel momento libero e senza padroni rappresenta un problema giuridico diverso, più semplice, rispetto all'acquisizione di un territorio oggetto di possesso riconosciuto.

In ogni caso l'occupazione di terra, sia sotto il profilo interno, sia sotto quello esterno, rappresenta il primo titolo giuridico che sta a fondamento dell'intero diritto seguente. Diritto territoriale e successione nel territorio, esercito e milizia

territoriale presuppongono l'occupazione di terra. Quest'ultima precede anche la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico. Soltanto con essa si creano in generale le condizioni di tale distinzione. Per questo l'occupazione di terra ha, se così ci si vuole esprimere, un carattere categoriale dal punto di vista giuridico. Kant ha esposto tutto ciò con grande chiarezza nella sua filosofia del diritto. Egli parla (*Rechtslehre*, parte seconda, nota generale B al par. 49) di *dominio territoriale* o, usando quella che ritiene essere espressione più appropriata, di *superproprietà sul suolo,* e considera questa superproprietà come la « condizione suprema di possibilità della proprietà e di tutto il diritto seguente, sia pubblico sia privato». A dire il vero, Kant costruisce ciò in maniera del tutto astorica, come un'« idea » meramente logica dell'« associazione civile ». Anche le due espressioni *superproprietà* e *dominio territoriale* non mi sembrano del tutto adeguate ai fini della nostra trattazione, perché troppo dominate dalla separazione (sopraggiunta solo in seguito) tra diritto pubblico e diritto privato. Oggi la maggior parte dei giuristi intende la « superproprietà » in primo luogo solo come proprietà (*dominium)* in senso privatistico, e la « signoria territoriale » invece solo come potere e signoria pubblica (*imperium*), in senso solo pubblicistico. Ma qui si tratta di vedere un duplice aspetto della questione: in primo luogo dobbiamo riconoscere l'occupazione di terra come una fattispecie storico-giuridica, come un grande evento della storia, e non come una mera costruzione del pensiero. Ciò anche se nella realtà storica si è giunti finora a tali occupazioni di terra in modo alquanto tumultuoso: talvolta il diritto sulla terra ha tratto origine da dilaganti migrazioni di popoli e da spedizioni di conquista, talaltra dalla fortunata difesa di una terra dallo straniero. In secondo luogo dobbiamo tenere presente che questo processo di occupazione di terra, fondamentale sia all'interno sia all'esterno, precede anche la distinzione

tra diritto pubblico e privato, tra signoria e proprietà privata, tra *imperium* e *dominium*. Così l'occupazione di terra costituisce per noi, all'esterno (nei confronti di altri popoli) e all'intemo (con riguardo all'ordinamento del suolo e della proprietà entro un territorio), l'archetipo di un processo giuridico costitutivo. Essa crea il titolo giuridico più radicale, il *radicai title* nel senso pieno e completo della parola.

Questo fondamento primo, legato al suolo *[boden-hafter Urgrund*], nel quale si radica ogni diritto e nel quale confluiscono spazio e diritto, ordinamento e localizzazione, è stato ben osservato da grandi filosofi del diritto. Il primo diritto, afferma G.B. Vico, gli uomini lo ricevettero dagli eroi nella forma delle prime leggi agrarie. Secondo Vico la suddivisione e delimitazione del suolo — la « divisione dei campi » [in italiano nel testo] — è, accanto alla religione, al matrimonio e al diritto d'asilo, uno dei quattro elementi primordiali di ogni diritto umano e di ogni storia umana. Per non destare però l'impressione che si tratti qui soltanto di antiche rappresentazioni mitologiche del diritto, cito ancora due moderni filosofi del diritto del XVII e XVIII secolo, John Locke e Immanuel Kant. Secondo Locke, l'essenza del potere politico è in primo luogo giurisdizione sulla terra. Per giurisdizione egli intende, secondo l'uso linguistico medioevale, l'autorità e la potestà di dominio in generale. La presa di possesso di una terra è per Locke sottomissione a coloro sotto la cui giurisdizione si trova il suolo. Il dominio è in primo luogo esclusivamente dominio sulla terra, e solo in seguito a ciò dominio sugli uomini che abitano nella terra.[2] Le conseguenze derivanti dall'occupazione dell'Inghilterra da parte dei Normanni sotto Guglielmo il Conquistatore (1066) appaiono qui ancora riconoscibili anche nella veste puramente teoretica di formulazioni filosofico-giuridiche. L'inglese Locke, che viene spesso definito un moderno razionalista, è in realtà ancora profondamente si-

tuato nella tradizione del diritto territoriale feudale del Medioevo, diritto derivato dal processo di fondazione giuridica che ebbe luogo con quell'occupazione di terra dell'anno 1066.[3] Ma anche la dottrina giuridica di Kant, come mostra già la teoria sopra indicata della *superproprietà sul suolo,* sostiene con radicalità filosofica che ogni proprietà e ogni ordinamento giuridico sono condizionati dal suolo e derivano da un'acquisizione originaria del suolo di tutta quanta la terra. Kant dice testualmente: « La prima acquisizione reale non può essere altro che quella del suolo».[4] Questa « legge distributiva del mio e del tuo, di ognuno sul suolo », come egli la definisce, non è, naturalmente, una legge positiva nel senso delle successive codificazioni statali o del sistema di legalità che è proprio di una successiva costituzione statale; essa è e rimane il nucleo reale di un avvenimento storico e politico del tutto concreto, vale a dire l'occupazione di terra.

All'inizio della storia dell'insediamento di ogni popolo, di ogni comunità e di ogni impero sta sempre in una qualche forma il processo costitutivo di un'occupazione di terra. Ciò vale anche per ogni inizio di un'epoca storica. L'occupazione di terra precede l'ordinamento che deriva da essa non solo logicamente, ma anche storicamente. Essa contiene in sé l'ordinamento iniziale dello spazio, l'origine di ogni ulteriore ordinamento concreto e di ogni ulteriore diritto. Essa è il « mettere radici » nel regno di senso della storia. Da questo *radicai title* derivano tutti gli altri rapporti di possesso e di proprietà: proprietà comune o individuale, forme di possesso e di godimento pubbliche o private, di diritto sociale e internazionale. Da questa origine *trae nutrimento* — per usare le parole di Eraclito — tutto il diritto seguente e tutto ciò che in seguito sarà ancora emanato mediante atti di posizione e comandi.

Anche la storia del diritto internazionale fino ad oggi conosciuta è una storia di occupazioni di terra. Ad esse si sono

aggiunte in determinate epoche le *occupazioni di mare*. Il nomos della terra si fonda così su un *rapporto* determinato tra terraferma e mare libero. Oggi i concetti di terraferma e di mare libero sono stati entrambi profondamente trasformati, tanto nel loro significato intrinseco, quanto nel loro rapporto reciproco, da un nuovo avvenimento spaziale: la possibilità di un *dominio sullo spazio aereo*. Cambiano non solo le dimensioni della sovranità territoriale, non solo l'efficacia e la rapidità dei mezzi umani di potere, di comunicazione e di informazione, ma anche i contenuti dell'*effettività*. Quest'ultima possiede sempre un aspetto spaziale e rimane sempre, tanto nel caso delle occupazioni di terra e delle conquiste, quanto nel caso delle barriere e dei blocchi, un importante concetto di diritto internazionale. Muta inoltre, in seguito a ciò, anche la relazione tra protezione e obbedienza, e quindi la struttura del potere politico e sociale stesso, e il rapporto tra questi e altri poteri. Ha inizio così un nuovo stadio della coscienza umana dello spazio e dell'ordinamento globale.

Tutti gli ordinamenti preglobali erano essenzialmente *terranei*, anche se comprendevano domini marittimi e talassocrazie. Il mondo originariamente terraneo venne trasformato nell'epoca delle scoperte geografiche, quando la terra fu per la prima volta compresa e misurata dalla coscienza globale dei popoli europei. Nacque con ciò il primo nomos della terra.

Esso si fondava su un determinato rapporto tra l'ordinamento spaziale della terraferma e l'ordinamento spaziale del mare libero, e fu portatore, per quattro-cento anni, di un diritto internazionale eurocentrico, lo *jus publicum Europaeum*. A quel tempo, nel XVI secolo, fu l'Inghilterra che osò muovere il primo passo da un'esistenza terranea a un'esistenza marittima. Un passo ulteriore venne compiuto con la Rivoluzione industriale, nel corso della quale la terra fu nuovamente com-

presa e misurata. E' essenziale il fatto che la Rivoluzione industriale fosse partita dal paese che aveva portato a termine il passaggio a un'esistenza di tipo marittimo. È questo il punto che permette di avvicinarci al segreto del nuovo nomos della terra. Fino ad oggi un solo autore, Hegel, si era approssimato a questo *arcanum;* citiamo pertanto le sue parole al termine di questo corollario: « Come per il principio della vita familiare è condizione la terra e la salda proprietà fondiaria, così per l'industria è il mare l'elemento naturale che la vivifica e le dà impulso verso l'esterno ».

Questa citazione è estremamente significativa al fine di prognosi ulteriori. Ma prima di tutto dobbiamo prendere atto di una differenza elementare. Non è infatti la stessa cosa se la struttura di un mondo industrializzato e tecnicizzato, che l'uomo costruisce sulla terra con l'aiuto della tecnica, assuma quale propria base un'esistenza terranea o invece un'esistenza marittima. Oggi sembra d'altra parte già possibile pensare che l'aria divori il mare e forse persino la terra, e che gli uomini stiano trasformando il loro pianeta in una combinazione di depositi di materie prime e di portaerei. Vengono quindi tracciate nuove linee di amicizia al di là delle quali cadono bombe atomiche e all'idrogeno. Malgrado ciò noi continuiamo a nutrire la speranza di riuscire a penetrare il regno di senso della terra, e che siano gli spiriti pacifici a possedere il regno della terra.

Note

1. T.W. Fulton, *The Sovereignty of the Sea,* Edinburgh-London, 1911.

2 John Locke, *Civil Government,* II, par. 12: « Government has a direct jurisdiction only over the Land ».

3 La dimostrazione del fatto che la filosofia di Locke, che era considerata tanto « razionalistica », fosse invece, nel quadro tipico del pragmatismo inglese, profondamente caratterizzata dalla tradizione feudale, è stata fornita in modo assai chiaro dalla tesi di dottorato in filosofia del diritto di Emil Roos, *Naturzustand und Verlrag in der Staatsphilosophie Lockes,* Berlin, 1943. L'approfondito studio di Walter Hamel, *Das Wesen des Staatsgebieles,* Berlin, 1933, elaborato sulla base di un ricco materiale storico e per questo motivo estremamente meritorio, appare — relativamente a vari concetti - troppo sofisticato; la trattazione ne soffre perché parla non già di concetti « spaziali », ma solo « materiali » e « reali ». Trascura la storia del principio di territorialità nel diritto internazionale privato e nel diritto penale. La teoria del territorio in Locke non viene trattata.

4 *Metaphysische Anfangsgrunde der Rechtslehre,* in *Die Metaphysik der Sitten,* parte prima, parr. 12 e 16: «Esposizione del concetto di acquisizione originaria della terra ».

2. *Il diritto internazionale preglobale*

Per millenni l'umanità ha avuto un'immagine mitica della terra nella sua totalità, ma nessuna esperienza scientifica di essa. Non esisteva alcuna idea di un pianeta compreso in termini di umana misurazione e localizzazione, e comune a tutti gli uomini e popoli. Mancava ogni coscienza globale in questo senso, e quindi ogni fine politico orientato verso la medesima costellazione di valori. Non poteva esserci quindi nemmeno uno *jus gentium* che abbracciasse tutta quanta la terra e l'umanità. Se, in relazione a quest'epoca, si parla di *jus gentium,* non si tratta già, in ragione della diversa struttura spaziale, di ciò che in seguito, dopo l'apparizione di idee planetarie e globali, si sarebbe chiamato diritto dei popoli, *jus gentium* o diritto internazionale. Possiamo qui tralasciare le generalizzazioni filosofiche del periodo ellenistico, che fanno della *polis* una *kosmopolis*; esse erano senza *topos,* vale a dire senza una localizzazione nello spazio e quindi senza un ordinamento concreto.[1]

Naturalmente, se noi osserviamo la terra dal nostro attuale orizzonte, essa ha sempre avuto una qualche suddivisione, anche se gli uomini non ne erano consapevoli. Ma ciò non era un ordinamento spaziale della terra nella sua totalità, un nomos della terra nel significato vero e proprio dei termini *nomos* e *terra.* Molteplici grandi complessi di potere - regni egizi, asiatici ed ellenistici, l'impero romano, forse anche regni

negri dell'Africa e regni inca in America — non furono affatto entità irrelate e isolate; ma le loro relazioni reciproche mancavano di globalità. Ognuno di questi regni considerava se stesso come il *mondo,* o perlomeno come la terra abitata dall'uomo, il centro del mondo, il *kosmos,* la *casa,* e considerava la parte della terra situata al di fuori di questo mondo, quando non minacciosa, affatto priva di interesse o quale strana curiosità; quando invece minacciosa, come un caos malvagio, ma in ogni caso come uno spazio aperto, « libero » e senza padroni, disponibile per conquiste, acquisizioni di territorio e colonizzazioni. Ora, le cose non stanno certo come si sosteneva nei manuali del XIX secolo e, in riferimento ai Romani stessi, come è affermato dal celebre storico del mondo romano Theodor Mommsen, ovvero che i popoli antichi avessero vissuto in una « naturale » inimicizia gli uni con gli altri, che ogni straniero fosse un nemico, che ogni guerra fosse una guerra per l'annientamento reciproco, e che tutti i paesi stranieri non alleati fossero considerati nemici fino alla conclusione di un patto espresso d'amicizia, poiché a quel tempo non esisteva ancora un diritto internazionale nel senso moderno, umano e civile del termine. Queste affermazioni si spiegano tenendo conto della presunzione del XIX secolo e delle sue illusioni civilizzatrici, la cui inconsistenza ha trovato poi verifica con le guerre mondiali del XX secolo.

Di fronte a tali affermazioni inesatte si **è** fatto strada il riconoscimento, storicamente corretto, che proprio il diritto romano, con la sua prassi giuridica internazionale, conosceva una varietà di guerre, leghe e alleanze (*foedus aequurn* e *foedus iniquum)* e aveva nozione dell'« estero».[2] Soprattutto, il diritto romano si era posto in grado di operare una distinzione netta tra il nemico, l'*hostis,* e il criminale. « Hostes hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: cete ri latrones aut praedones sunt». Così dice la frase di Pomponio spes-

so citata (Dig., *De verborum significatione,* 118). Ma la capacità di riconoscere uno *justus hostis* **è** all'origine di ogni diritto internazionale. Vi **è** pertanto un diritto internazionale proprio dell'immagine preglobale del mondo. Ma le corrispondenti rappresentazioni del mondo e dei popoli rimasero legate alla dimensione mitica e non hanno retto all'esplorazione geografica e alle misurazioni scientifiche caratteristiche dell'immagine del mondo che incomincia dopo il XVI secolo. La *terra* o il *mondo* apparivano come un cerchio, un *orbis,* dove è da considerare che con il termine plurivalente *orbis* si potevano intendere sia un disco, dunque una superficie rotonda, sia una sfera.[3] I confini dell'*orbis* erano indicati da immagini mitiche come l'oceano, il drago che avvolge la terra o le colonne d'Èrcole. La loro sicurezza politica era garantita da costruzioni di difesa poste ad escludere il mondo esterno: fossati di confine, una *grande muraglia,* un *limes* o (secondo il diritto islamico) l'immagine della casa della pace,[4] al di fuori della quale è guerra. Il senso di questi confini era di separare un ordinamento pacifico da un disordine senza pace, il cosmo da un caos, la casa da una non-casa, un luogo custodito da un territorio selvaggio. Contenevano perciò in sé una separazione giuridico-internazionale, mentre invece, ad esempio nei secoli XVIII e XIX, i confini tra due Stati territoriali nel quadro del moderno diritto internazionale europeo non implicano un'esclusione, ma piuttosto un reciproco riconoscimento di diritto internazionale, soprattutto il riconoscimento del fatto che il suolo del vicino, al di là del confine, non è senza padroni.

In tutte le epoche sono esistiti tra gli imperi relazioni, trattati e rapporti diversi, di tipo pacifico o ostile, legazioni, accordi commerciali, salvacondotti, alleanze, guerre, armistizi e trattati di pace, relazioni interfamiliari, diritto d'asilo, estradizioni, catture d'ostaggi. Sono esistiti il *commercium* e spesso

persino il *connubium*, almeno tra le famiglie e gli strati sociali dominanti. Il primo trattato di pace, di amicizia e di alleanza che ci è pervenuto attraverso le redazioni scritte di entrambe le parti contraenti risale all'anno 1279 *prima* della nostra èra cristiana; è il trattato, più volte citato, tra il re egizio Ramsete II e il re ittita Khattushilish II. Il trattato contiene disposizioni relative al reciproco aiuto contro nemici esterni e interni, alla estradizione di profughi ed emigranti e alle amnistie. E' divenuto celebre quale modello di accordo di diritto internazionale, rappresentando nello stesso tempo un esempio della fondazione di una « doppia egemonia » da parte di due imperi. Fino a poco tempo fa in Europa si era soliti pensare che relazioni diplomatiche progredite e l'arte di una politica estera ben ponderata, capace di assicurare l'equilibrio tra più potenze, fossero sorte per la prima volta in Italia durante i secoli XV e XVI della nostra èra, quale prodotto estremamente moderno del Rinascimento. Oggi questa opinione viene definita dagli studiosi di storia egizia un'illusione, e proprio quegli accordi, alleanze, trattati commerciali, matrimoni politici, scambi di corrispondenza e altri reperti archivistici dei faraoni, dei re di Babilonia e Assiria, di Mitanni e di Klatti, risalenti ai secoli XIV e XV a.C., appaiono ad alcuni storici come il prototipo delle relazioni di diritto internazionale.[5] Anche le relazioni politiche ed economiche tra forme di potere come quella greca, ellenistica, ebraica, indiana, araba, mongola, bizantina e altre ancora sono state fatte spesso oggetto di interessanti esposizioni. Nonostante ciò, tutto questo era diritto internazionale, *jus gentium*, soltanto in un senso incompleto e indeterminato. In quel tempo infatti tutto, in particolare la guerra, rimase al livello di organizzazione proprio delle condizioni di sviluppo della tecnica, dell'economia e delle comunicazioni di allora; inoltre tutto restò confinato — e questo è il punto decisivo — nel quadro e nell'orizzonte di

una visione non complessiva e non globale dello spazio, e di una terra ancora non misurata scientificamente.

I grandi complessi di potere politico che sorsero in Oriente e in Occidente, nelle aree delle grandi civiltà del mondo antico e del Medioevo, rappresentavano o una cultura puramente continentale, o fluviale (potamica), o, tutt'al più, la cultura di un mare interno (talassica). Quindi il nomos del loro ordinamento spaziale non era determinato dall'opposizione di terra e mare quali elementi relativi a due ordinamenti diversi, come nel diritto internazionale fino ad oggi vigente, e tanto meno dal superamento di tale opposizione. Il discorso vale sia per gli imperi est-asiatici e indiani, sia per quelli dell'Oriente fino alla loro nuova conformazione nell'IsIam; vale per l'impero di Alessandro Magno, per gli imperi romano e bizantino, per quello franco di Carlo Magno e per l'impero romano dei re germanici del Medioevo, come pure per tutte le relazioni intercorrenti tra questi imperi.[6] Quanto poi al diritto feudale del Medioevo europeo, esso era diritto territoriale nel senso di un ordinamento puramente terraneo, che ignorava il mare. Le assegnazioni pontificie di nuovi territori di missione distribuivano gli spazi di terra e di mare in modo indifferentemente eguale. I papi avanzavano pretese su tutte le isole (Sicilia, Sardegna, Corsica, Inghilterra), ma nel far ciò si richiamavano alla presunta donazione di Costantino, e non già ad una ripartizione della terra [*Erde*] in terraferma *[Land]* e mare. L'opposizione tra terraferma e mare intesa come opposizione tra ordinamenti spaziali diversi è un fenomeno dell'età moderna. Essa domina la struttura del diritto internazionale europeo solo a partire dai secoli XVII e XVIII, cioè solo dopo che gli oceani si erano spalancati e si era formata la prima immagine globale della terra.

Il diritto comune, sorto da tale ripartizione preglobale della terra, non poteva essere un sistema completo e coerente,

poiché non poteva essere un ordinamento spaziale complessivo. Si ebbero dapprima relazioni primitive tra clan, tribù, stirpi, città, seguaci, alleanze e controalleanze di vario genere. Esse si svolgevano ad un livello *precedente* alla formazione di un impero, oppure (come avvenne sul suolo italico prima della formazione dell'impero romano e in territorio romano-germanico prima di quella dell'impero franco) avevano come contenuto la lotta per questo obiettivo. Al sorgere degli imperi si svilupparono relazioni di tre tipi: tra impero e impero; tra i popoli facenti parte dello stesso impero; tra un impero e semplici tribù o popoli, come nel caso del rapporto tra impero romano e tribù nomadi con le quali fossero stati conclusi accordi di alleanza e alle quali fosse stato lasciato del territorio imperiale.

Il diritto internazionale tra gli imperi del periodo preglobale contiene qualche importante principio giuridico sulla guerra e sulla pace. Nonostante tali accenni, non poteva tuttavia colmare la mancanza di una visione globale della terra. Era destinato a rimanere rudimentale, pur avendo sviluppato forme salde e consuetudini riconosciute riguardo al diritto di legazione, alle alleanze e ai trattati di pace, al diritto degli stranieri e al diritto di asilo. Infatti, un diritto internazionale tra gli imperi non poteva pervenire con facilità a una limitazione della guerra, ovvero a un riconoscimento dell'altro impero come *justus hostis*. Pertanto, finché non fosse sorto un diverso criterio, le guerre tra tali imperi erano condotte come guerre di annientamento. Quanto al diritto tra i popoli di un impero, esso era determinato dal principio della comune appartenenza di questi al medesimo *orbis* imperiale. Anche il territorio dei popoli *foederati* indipendenti e autonomi faceva parte dell'*orbis*. Al contrario, accadeva che popoli resi anche completamente schiavi, vale a dire del tutto privati del loro territorio, potessero ancora serbare una sorta di esistenza sul

piano del diritto internazionale. Ciò è quanto dimostra (esempio reso più chiaro dal negativo) la dichiarazione di guerra che, ogni anno, a Sparta, gli Efori erano soliti rivolgere agli Iloti, vale a dire a coloro che erano stati vinti e sottomessi, quindi privati del loro campo agricolo. All'idea di una coesistenza di veri e propri imperi — ovvero di grandi spazi indipendenti entro un'area comune — mancava ogni forza ordinatrice, poiché mancava l'idea di un ordinamento spaziale comune che abbracciasse tutta la terra.

Note

1. Nel capitolo sulla libertà dei mari (pp. 207 sgg.) torneremo sul legame con la tematica dell'utopia moderna. Il termine greco *topos* è divenuto col passare del tempo un *locus communis*. Oggi serve a designare banalità generali e astratte. Ma anche tali luoghi comuni si concretizzano e diventano oltremodo vitali se si evidenzia il loro senso spaziale. La dottrina dei *topoi* è stata sviluppata da Aristotele come parte della retorica. Quest'ultima, a sua volta, come mostra l'eccellente tesi di Eugène Thionville *(De la théorie des lieux communs,* Paris, 1855), è un *pendant,* una antistrofe della dialettica. E' la dialettica del luogo pubblico, dell'*agora*, contrapposta a quella del Liceo e dell'Accademia. Ciò che un uomo può dire a un altro è discutibile, plausibile o convincente solo nel giusto contesto e nel giusto luogo. Così esistono ancor oggi gli indispensabili *topoi* del pulpito e della cattedra, del tribunale e del comizio, delle conferenze e dei congressi, del cinema e della radio. Ogni analisi sociologica di questi differenti luoghi dovrebbe partire da un'esposizione dei loro differenti *topoi*.

2 In Alfred Heuss, *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Außenpolitik in republikanischer Zeit,* in « Klio », XXXI (N.S., 18), 1933, troviamo confutata la tesi della naturale ostilità e della necessità di un patto d'amicizia.

3 Joseph Vogt, *Orbis Romanus,* Tübingen, 1929, pp. 14-15.

4 *Dar-el-islam,* in contrapposizione a *dar-el-harb,* che è la casa o il luogo della guerra. Su ciò: Najib Armanasi, *Les principes islamiques et les rapports internationaux en temps de paix et de guerre,* Paris, 1929.

5 Il trattato del 1279 a.C. è pubblicato (nella traduzione di Gardiner e Langdon) nel «Journal of Egyptian Archaeology », VI, pp. 132 sgg.; cfr. inoltre Korosec, *Hethitische Staatsverträge* (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, vol. LX), pp. 64-65; Roeder, *Aegypter und Hethiter,* p. 36; A. Moret e G. Davy, *Des Clans aux Empires,* Paris, 1929, pp. 374-75. Cfr. anche Mettgenberg, in « Zeitschrift für Völkerrecht », XXIII, 1939, pp. 23 sgg., e XXVI, 1944, p. 377.

6 « I territori delle grandi civiltà dell'emisfero orientale e di quello occidentale erano, per la loro posizione, essenzialmente continentali, o tutt'al più talassici. Nel mondo antico essi si distribuivano, ad eccezione dell'estremo Nord e dei Tropici sempre umidi, su tutte le zone climatiche del blocco terrestre nordafricano-europeo. I due grandi pilastri meridionali del mondo antico, l'Africa nera e l'Australia, non possedevano proprie civiltà progredite autonome. Restavano inoltre in gran parte al di fuori dell'area di espansione della formazione antica dei grandi spazi. Tuttavia, dal punto di vista geografico, climatico e della flora, i territori centrali della maggior parte delle grandi civiltà possedevano un fattore in comune: si estendevano dalle zone umide, dove risultava possibile una coltivazione su vasta scala, da originari terreni boschivi delle zone temperate, subtropicali e delle aree monso-

niche tropicali ed extratropicali fino ai margini delle grandi fasce delle steppe e dei deserti. Il mondo della civiltà orientale era tuttavia insediato nella parte occidentale della zona secca del mondo antico, oltrepassandone i confini solo nelle sue espansioni coloniali. Le antiche civiltà americane, ad eccezione di quella maya, sembrano essere anch'esse legate, nei loro nuclei più antichi, alle zone secche, ma, contrariamente a quanto accadeva in Oriente, anche alla posizione degli altipiani più freschi » (Heinrich Schmitthenner).

3. *Cenni sul diritto internazionale del Medioevo cristiano*

L'impero del Medioevo cristiano-europeo necessita qui di una breve trattazione specifica. Pur essendo un ordinamento spaziale preglobale, esso ha fornito, come vedremo più avanti, l'unico titolo giuridico per il passaggio a un primo ordinamento globale del diritto internazionale. Il diritto internazionale cosiddetto moderno, vale a dire il diritto interstatale europeo tra il XVI e il XX secolo, è sorto dalla dissoluzione dell'ordine spaziale medioevale, sorretto da impero e papato. Senza una conoscenza degli effetti esercitati da questo ordine spaziale cristiano-medioevale, è impossibile arrivare a una comprensione storico-giuridica del diritto interstatale, che da tale ordine ebbe origine.

Il diritto internazionale del Medioevo cristiano-europeo viene oggi avvicinato e recuperato in maniera singolare e contraddittoria nelle discussioni di principio della scienza giuridica internazionalistica, particolarmente a proposito della questione della guerra giusta. Non è solo il caso di quegli studiosi che proseguono il sistema e i metodi della filosofia tomistica, per i quali il riferimento alle definizioni scolastiche appare senz'altro scontato. Ciò vale anche nel caso di numerose argomentazioni e costruzioni nelle quali, ad esempio, teorici della Società delle Nazioni di Ginevra e giuristi e politici americani si sforzano di riprendere dottrine medioevali, so-

prattutto relative alla guerra giusta, al fine di utilizzarle in funzione della propria immagine del mondo. Su questo impiego delle dottrine della guerra giusta, in particolare a proposito della dottrina di Vitoria, dovremo tornare nel corso della nostra trattazione (pp. 131 sgg.). Le situazioni e le istituzioni medioevali appaiono comunque oggi in una strana mescolanza, ora in quanto spauracchio dell'anarchia feudale, ora in quanto modelli dell'ordine moderno. Sarebbe forse utile analizzare queste contraddizioni per cercare le loro cause e motivazioni più profonde, anche se ciò non può essere fatto dettagliatamente in questa sede. Ma la questione non può nemmeno essere tralasciata. Onde dissipare la singolare confusione che grava su questa intera discussione, sarebbe anzitutto necessario distinguere con chiarezza l'*anarchia* del Medioevo dal *nichilismo* del XX secolo. L'ordine medioevale dell'Europa, se giudicato in base ai canoni di un moderno apparato amministrativo ben funzionante, era — come abbiamo già accennato — sicuramente molto anarchico, ma nonostante tutte le guerre e le faide non era nichilistico nella misura in cui esso non aveva perduto la propria unità fondamentale di ordinamento e di localizzazione.

a) *La « respublica christiana » come ordinamento spaziale*

L'ordinamento medioevale nacque dalle occupazioni di terra avvenute con la migrazione dei popoli. Gran parte di esse, per esempio quelle dei Vandali in Spagna e nell'Africa settentrionale e quelle dei Longobardi in Italia (568), procedettero, senza alcun riguardo per la situazione giuridica propria del mondo romano, come semplici conquiste, con relativa sottrazione del suolo ai proprietari originari. Esse sconvol-

sero dunque il quadro dell'ordinamento fino a quel momento vigente nell'impero. Invece altre occupazioni germaniche — come quelle di Odoacre, degli Ostrogoti e dei Burgundi in territorio italico e gallico - si svolsero nel rispetto dell'ordinamento spaziale dell'impero romano, poiché le tribù nomadi si fecero assegnare del territorio imperiale dall'imperatore romano. Pertanto la maggior parte delle occupazioni di terra attuate da tribù germaniche sono esempi di mutamenti territoriali tra popoli nel quadro di un ordinamento vigente e di un diritto internazionale interimperiale. Esse non si svolsero nella forma dell'annessione, ma in quella di un istituto giuridico riconosciuto, l'acquartieramento militare, la cosiddetta *hospitalitas*. Già dai tempi di Arcadio e Onorio vigeva il principio in base al quale il proprietario di una casa doveva cedere un terzo di essa all'*hospes* militare acquartierato presso di lui. In questi casi l'occupazione di terra era configurata dal punto di vista giuridico come *acquartieramento* di soldati presso un proprietario fondiario romano, il quale si trovava pertanto a dover dividere la casa, l'orto, il campo, il bosco e gli altri terreni, secondo determinate quote, con i Germani occupanti, acquartierati presso di lui. Così Odoacre ottenne un terzo per la sua gente. Più tardi gli Ostrogoti subentrarono nel terzo di Odoacre. Un esempio particolarmente noto e dettagliatamente descritto di questo tipo di occupazione di terra è rappresentato dall'origine del regno burgundo.[1] Dal fatto che la terra veniva spartita tra il conquistatore germanico e il possessore romano del suolo nacquero nel sistema di convivenza delle tribù e dei popoli nuove nazioni e nuove unità politiche. Con esse sorse un nuovo diritto internazionale europeo.

L'unità complessiva di diritto internazionale del Medioevo europeo fu detta *respublica christiana* e *populus christianus*. Essa

era dotata di chiare localizzazioni e di chiari ordinamenti. Il suo nomos era determinato dalle seguenti suddivisioni:

— il territorio dei popoli non cristiani e pagani è territorio di missione cristiana, e può essere assegnato mediante incarico papale a un principe cristiano;

— la continuità dell'impero romano nell'impero bizantino costituisce un problema di diritto internazionale per sé, ma riguarda praticamente soltanto i Balcani e l'Oriente;

— il territorio degli imperi islamici è considerato suolo nemico, da conquistare e annettere nelle crociate — guerre che non soltanto hanno *eo ipso* una *justa causa*, ma che sono pure, qualora il papa lo dichiari, delle guerre sante;[2]

— il territorio dei principi e dei popoli cristiani europei è ripartito secondo il diritto territoriale dell'epoca in principati e corone, chiese, chiostri e monasteri, signorie, castelli, circondari, città, *communitates* e *universitates* di vario genere.

E' essenziale il fatto che all'interno del territorio cristiano le guerre tra principi cristiani fossero guerre limitate, diverse cioè da quelle rivolte contro principi e popoli non cristiani. Le guerre interne, limitate, non distruggevano l'unità della *respublica christiana,* ma erano « faide », nel senso di affermazioni del diritto, realizzazioni concrete di esso, ovvero attivazioni di un diritto di resistenza, e avvenivano sempre nel quadro di un unico ordinamento complessivo, comprendente entrambe le parti in conflitto. Ciò significa che esse non dissolvevano e non negavano affatto questo ordinamento complessivo comune. Non solo quindi permettevano una valutazione teologico-morale e giuridica della propria giustezza, ma la facevano diventare addirittura necessaria. Non si deve inoltre dimenticare che simili valutazioni teologico-morali e giuridiche traevano la loro forza esclusivamente da istituzioni concrete, e non da se stesse. In particolare, la *pace* non era un concetto

generale, normativistico e privo di riferimento spaziale, ma un concetto sempre localizzato concretamente, in quanto pace di un regno, di un paese, di una chiesa, di una città, di un castello, di un mercato, di una « realtà ».

b) *L'impero cristiano come forza frenante (kat-echon)*

L'unità di questa *respublica christiana* aveva *nell'imperium* e nel *sacerdotium* i suoi ranghi gerarchici adeguati e nell'imperatore e nel papa i suoi portatori visibili. Il legame con Roma significava la continuazione di antiche localizzazioni nello spazio, fatte proseguire dalla fede cristiana.[3] La storia del Medioevo è pertanto storia di una lotta *per* Roma, e non di una lotta contro Roma. La costituzione del regno germanico riproduce la costituzione dell'esercito romano.[4] Nella concreta localizzazione spaziale in rapporto a Roma, e non già in norme e idee generali, sta dunque la continuità che lega il diritto internazionale medioevale all'impero romano.[5] Carattere essenziale dell'impero cristiano era di non essere un regno eterno, ma di avere sempre presente la propria fine e la fine del presente eone, e malgrado ciò di essere capace di esercitare potere storico. Il concetto decisivo e storicamente importante, alla base della sua continuità, era quello di « forza frenante» *[Aupialter],* di *kat-echon.* « Impero» significa qui il potere storico che riesce a *trattenere* l'avvento dell'Anticristo e la fine dell'eone attuale: una forza *qui tenet,* secondo le parole dell'apostolo Paolo nella seconda epistola ai Tessalonicesi, capitolo secondo. Questa idea dell'impero può essere comprovata con molte citazioni di padri della Chiesa, con massime di monaci tedeschi del periodo franco e del periodo degli Ottoni — soprattutto il commento di Aimone di Halberstadt al-

la seconda epistola ai Tessalonicesi e la lettera di Adso alla regina Gerberga —, con le affermazioni di Ottone di Frisinga e con altri documenti ancora, fino al termine del Medioevo. Potremmo addirittura ritrovare qui il tratto caratteristico di un periodo storico. L'impero del Medioevo cristiano dura fintanto che è viva l'idea del *kat-echon.*

Non credo che la fede cristiana originaria possa avere in generale un'immagine della storia diversa da quella del *kat-echon.* La fede in una forza frenante in grado di trattenere la fine del mondo getta gli unici ponti che dalla paralisi escatologica di ogni accadere umano conducono a una grandiosa potenza storica quale quella dell'impero cristiano dei re germanici. L'autorità di padri della Chiesa e di scrittori come Tertulliano, Gerolamo e Lattanzio Firmiano, e la continuazione cristiana di profezie sibilline, concordano nel ritenere che soltanto l'*imperium Romanum* e la sua prosecuzione cristiana spieghino il sussistere dell'eone e il suo mantenersi saldo contro lo schiacciante potere del male. Era questa per i monaci tedeschi una luminosa fede cristiana della massima forza storica, e chi non è capace di distinguere tra le parole di Aimone di Halberstadt o di Adso e i cupi oracoli dello Pseudo-Metodio o della Sibilla tiburtina potrà comprendere l'impero del Medioevo cristiano solo mediante generalizzazioni e mediante parallelismi falsanti con fenomeni di potere non cristiani, ma non potrà comprenderlo nella sua concreta storicità.

Le costruzioni politiche e giuridiche che caratterizzarono la prosecuzione dell'*imperium Romanum* non sono l'elemento essenziale, se paragonate alla dottrina del *kat-echon;* esse sono già una caduta e una degenerazione della religiosità nella direzione del mito erudito. Possono essere assai diverse: traslazioni, successioni, consacrazioni o rinnovazioni di ogni genere. Ma il loro significato è anche quello di contenere, rispetto

alla dissoluzione della religiosità antica avvenuta con la divinizzazione tardoantica, orientale ed ellenistica, del detentore del potere politico e militare, la possibilità spirituale di salvare l'antica unità di ordinamento e localizzazione. Nel Medioevo maturo esse dovettero conformarsi, sul piano dell'organizzazione, a un ordinamento territoriale feudale-signorile e ai legami personali tipici del diritto di seguito *[Gefolgschaft]*, mentre dal XIII secolo in poi esse cercarono di affermare il principio di un'unità che si disgregava nei confronti di un pluralismo di terre, corone, principati e città autonome.

L'unità medioevale di *imperium* e *sacerdotium*, propria dell'Europa occidentale e centrale, non è mai stata un accentramento del potere nelle mani di un unico uomo. Si era invece fondata fin dall'inizio sulla distinzione tra *potestas* e *auctoritas* quali princìpi d'ordine diversi ma facenti capo alla medesima unità complessiva. Papa e imperatore non erano quindi tra loro contrapposti in modo assoluto, ma solo quali *diversi ordines* in cui viveva l'ordinamento della *respublica christiana*. Il problema quivi insito del rapporto tra Chiesa e Impero era essenzialmente diverso da quello, successivo, del rapporto tra Chiesa e Stato, giacché *Stato* avrebbe significato il superamento delle guerre civili di religione, possibile solo a partire dal secolo XVI e ottenuto attraverso un processo di neutralizzazione. Nel Medioevo le mutevoli situazioni politiche e storiche facevano sì che l'imperatore reclamasse *auctoritas*, e il papa *potestas*. Ma la disgrazia accadde solo quando, dal secolo XIII in poi, la dottrina aristotelica della *societas perfecta* venne adoperata al fine di separare Chiesa e mondo in due generi di *societates perfectae*. Uno storico autentico, John Neville Figgis, ha compreso e descritto esattamente questa decisiva opposizione.[6] La contesa medioevale tra imperatore e pontefice non è assolutamente una lotta tra due *societates*, sia che si intenda qui con il termine *societas* quanto in tedesco

viene designato con *Gesellschaft* o con *Gemeinschaft*. Essa non era neppure un conflitto tra Chiesa e Stato sul genere del *Kulturkampf* bismarckiano o del processo francese di laicizzazione dello Stato. Non era infine nemmeno una guerra civile come quella tra partigiani rossi e bianchi nella lotta di classe socialista. Ogni analogia con l'ambito tipico dello Stato moderno è qui storicamente falsa, come lo è ogni impiego, esplicito o implicito, delle idee di unificazione e di centralizzazione che dal tempo del Rinascimento, della Riforma e della Controriforma si è soliti collegare alla rappresentazione di un'unità. Neppure per un istante l'unità della *respublica christiana* venne messa in discussione: né quando un imperatore nominò o destituì un papa a Roma, né quando un papa a Roma sciolse i vassalli di un imperatore o di un re dal giuramento di fedeltà al loro sovrano.

Il fatto che non solo i re germanici, ma anche altri re cristiani assumessero il titolo di *imperator* e chiamassero i loro regni *imperi,* ottenendo dal papa mandati di missione e di crociata — ovvero titoli giuridici per l'acquisizione legittima di territori —, non eliminò, bensì confermò l'unità della *respublica christiana,* fondata su localizzazioni e ordinamenti certi. Ai fini della concezione cristiana dell'impero mi sembra importante il fatto che la carica di imperatore non significasse, nel quadro della fede cristiana medioevale, una posizione di potere in sé assoluta, che assorbiva e risolveva in sé ogni altra carica. Era un'opera del *kat-echon,* con compiti e missioni concrete, che si collegava ad un regno o ad una *corona,* ovvero ad un dominio su un determinato territorio cristiano e sul suo popolo. Era l'elevazione di una corona, ma non un'ascesa verticale, rettilinea, e quindi non un regno sopra i re, una corona di corone, e neppure il prolungamento di un potere regio o, come si verificò più tardi, la componente di un potere dinastico, bensì un incarico proveniente da una sfera radical-

mente diversa da quella della regalità. L'*imperium* è così qui qualcosa che si sovrapponeva alle altre formazioni autonome di potere non diversamente da come — nella medesima situazione spirituale complessiva — una lingua dell'impero sacra per il culto, provenendo da un'altra sfera, si sovrapponeva alle lingue nazionali. Di conseguenza l'imperatore poteva anche, al termine di una crociata, abdicare al trono con tutta modestia e umiltà, senza perderci nulla — come si vede nel *Ludus de Antichristo,* che si collega alla tradizione interamente dominata da Adso. Abbandonando l'elevata carica di imperatore, egli ritornava a quella naturale di re della propria terra.

c) *Impero, cesarismo, tirannide*

I grandi teologi e filosofi imperiali adeguarono certamente senza sforzo la loro dottrina dell'impero anche alla dottrina aristotelica delle *communitates perfectae,* che si fece strada a partire dal secolo XIII. Le comunità perfette e autarchiche (*communitates*, *civitates, societates)* erano in grado di realizzare da sé il proprio significato e il proprio fine, il proprio obiettivo e principio immanente: quello della vita buona e autosufficiente, del *bene sufficienterque vivere.* Quando poi l'impero veniva considerato, come nella *Monarchia* di Dante, la « più perfetta » tra le comunità umane, una *communitas perfidissima,* non s'intendeva con ciò una comunità simile al *regnum* e alla *civitas* autarchica ma ancora più perfetta, bensì una particolare unità trascendente, in grado di assicurare la pace e la giustizia tra le comunità autarchiche, e solo perciò più elevata e più ampia.

Disponiamo in questo contesto di ragioni essenziali per mettere in evidenza in tutta chiarezza il carattere peculiare dell'unità cristiano-medioevale e del suo « potere supremo ». Infatti qui sta il contrasto più profondo che separa l'impero della *respublica christiana* dalle numerose riedizioni, riproduzioni e rinnovazioni medioevali di antichi concetti pagani. Tutte queste riedizioni prescindevano dall'idea di *kat-echon,* riuscendo di conseguenza a dare vita — anziché ad un impero cristiano - soltanto ad un *cesarismo.* Ma il cesarismo è una forma di potere tipicamente non cristiana, anche quando conclude concordati. In quanto designazione e in quanto problema consciamente posto della sfera spirituale, il cesarismo è un fenomeno moderno, che incomincia solo nel 1789 con la Rivoluzione francese, e che appartiene storicamente all'epoca in cui viene prospettato il grande parallelo tra la situazione del cristianesimo primitivo e quella del secolo XIX. La Rivoluzione introduce termini e concetti quali cesarismo, guerra civile, dittatura e proletariato, che traggono completamente origine dal grande parallelo. Questo particolare, onnidominante grande parallelo tra il tempo presente e la svolta dei tempi che rappresenta l'inizio della nostra cronologia, non va confuso con i numerosi altri paralleli storici che proliferano tra gli storici e gli uomini politici. Pur con molte variazioni, questo grande parallelo è stato tracciato da prospettive diverse da Saint-Simon, Tocqueville, Proudhon, Bruno Bauer, fino a Oswald Spengler.

L'impero di Bonaparte fu il primo e più vistoso esempio moderno di cesarismo puro, svincolato cioè da un regno e da una corona reale. Il termine « impero » viene pertanto usato, a proposito di esso, in un'accezione completamente diversa da quella che è propria del Medioevo cristiano. Ancora più intenso e moderno diventa il parallelo dopo il 1848 e l'« impero » di Napoleone III. Ogni devoto teologo, dal IX al XIII

secolo, avrebbe riconosciuto la diversità di queste rappresentazioni cesaristiche dell'impero già per il fatto che ogni teologo del Medioevo cristiano sapeva che cosa significava dal punto di vista storico-politico che gli Ebrei di fronte alla crocifissione del Salvatore avessero esclamato: «Non abbiamo altro re che Cesare» (*Gv*, 19, *15)*. Questa cognizione del significato della storia cristiana venne gradualmente meno a partire dal secolo XIII.

I grandi sistemi filosofici hanno soppresso anche qui il senso concreto della storia e dissolto le rappresentazioni storiche create nel corso della lotta contro pagani e infedeli in generalizzazioni neutrali.

Da quando i re germanici si procurarono un potere dinastico, l'impero divenne un elemento costitutivo di questo potere. Con ciò esso cessava di essere l'*elevazione di una corona* basata sull'opera di un *kat-echon,* ovvero di un regno fondato su una terra e sul suo popolo. Dal tempo dei sovrani lussemburghesi e absburgici la corona imperiale appartiene a una « casa », a una famiglia dinastica; il potere dinastico di questa casa è costituito da un cumulo di corone, diritti di possesso, pretese ereditarie e candidature, un cumulo nel quale è compresa anche la corona imperiale romana, benché essa sia « corona » in un senso del tutto diverso da quello che è proprio della corona di san Luigi, di santo Stefano e di san Venceslao. La corona *reale* germanica fu però privata con ciò della sua sostanza, vale a dire della sua collocazione nello spazio e nel territorio, che è propria in tanta misura di altre corone del Medioevo, in particolare della corona di santo Stefano. Il forte *kat-echon* dell'epoca franca, sassone e salica divenne un debole sostegno, dotato di funzioni ormai solo conservative. Anche l'assunzione di concetti appartenenti al *Corpus Juris* ebbe un effetto distruttivo e sradicante. Essa non riuscì a dare a Roma una nuova consacrazione. Nelle costruzioni dei giu-

risti di diritto romano dei secoli XIV e XV è già del tutto dimenticato il legame tra impero cristiano e regno territoriale, che sarebbe dovuto servire all'opera di un *kat-echon*. Bartolo e tutti gli altri giuristi e pubblicisti italiani del secolo XIV non erano più a conoscenza del fatto che l'imperatore possedeva questo compito del *kat-echon,* giungendo persino a scordare il fatto storico-giuridico che egli, oltre che imperatore romano, era per le città italiane del Nord e del Centro anzitutto re d'Italia.

Nella dissoluzione di tali concetti spaziali si annuncia già la generale dissoluzione dell'ordinamento medioevale, benché rimanessero ancora persino nella dottrina delle autonome « civitates superiorem non recogno-scentes » forti elementi di un'unità complessiva, rappresentata dall'imperatore e dal papa. In particolare l'imperatore rimaneva, ancora nel secolo XIV, il custode del diritto e della libertà di quelle *civitates* autonome. Egli aveva ancora il compito di rendere inoffensivi i nemici del diritto e della libertà di una *civitas,* in primo luogo i *tiranni*. La dottrina della tirannide contenuta nel *Policraticus* di Giovanni di Salisbury (1159) costituisce già un documento della forza politica di una *potestas spiritualis* consapevole di se stessa. La coscienza del compito del *kat-echon* manca però qui ormai quasi completamente. La dottrina dei giuristi e degli autori laici del tardo Medioevo (dal secolo XIII al XV) va tuttavia ancora più in là in questa direzione, poiché ora un gran numero di poteri riconosciuti autarchici relativizza l'unità politica della *respublica christiana*. Naturalmente, anche nella dottrina di quest'epoca il tiranno resta un nemico dell'umanità, e propriamente di un'umanità che aveva trovato nell'*imperium* e nel *sacerdotium* l'espressione del proprio ordinamento e della propria collocazione spaziale. Il tiranno è per l'ordinamento della terra il nemico comune, come il pirata è per l'ordinamento del mare il nemico del genere umano.

Allo stesso modo in cui in altri tempi, allorquando nascerà un impero dei mari, il pirata apparirà per il dominio ordinato del mare come nemico dell'umanità, così il tiranno, per il suo esercizio del potere contrario all'ordine in una formazione politica altrimenti autarchica e autonoma, è il nemico interno di questa formazione e al tempo stesso il nemico dell'impero quale ordinamento spaziale complessivo. Tali concetti centrali e universali di nemico, come *tiranno* e *pirata,* conservano il loro significato fuori del concreto ordinamento internazionale di un impero, del quale attestano l'esistenza finché è loro concessa una realtà storica.

E' tuttavia, come abbiamo già mostrato, un segno della dissoluzione dell'impero cristiano medioevale il fatto che (dal secolo XIII in poi) si formassero unità politiche tendenti a sottrarsi, non solo di fatto, ma sempre più anche giuridicamente, all'*imperium,* cercando di confinare l'*auctoritas* del *sacerdotium* alle cose meramente spirituali. Di ciò è espressione la formula, sorta in Francia, delle « civitates superiorem non recognoscentes ». Ma a proposito di questa formula vanno fatte due osservazioni. In primo luogo ci si chiede chi fosse questo *superior* non riconosciuto, o non più riconosciuto; in secondo luogo è possibile che la formula non sia intesa in senso assoluto, ma che essa lasci sussistere ancora istituzioni e procedure di una *potestas* o di un'*auctoritas* superiori, senza che queste siano pensate in una linea verticale e ascendente, come un'istanza superiore di comando nel senso assolutistico e decisionistico tipico dei secoli XVI e XVII. Certo, numerosi re, signori e città, si sottraevano all'*imperium* del re germanico e ciò comprometteva indubbiamente la struttura dell'ordinamento complessivo. Ma nonostante tutto l'ordinamento poteva continuare a sussistere e a tenere ferme suddivisioni spaziali decisive, come il diverso *status* di diritto internazionale riconosciuto al territorio cristiano europeo e a quello non cri-

stiano, oppure la diversità dei tipi di nemico e di guerra, con particolare riferimento alla differenza tra le guerre fra cristiani e le altre guerre.

Alcuni re cristiani, in particolare il cristianissimo re di Francia, tentarono — anche se senza particolare successo — di contrapporsi al re germanico e di assumere per sé la dignità dell'*imperium* ponendosi alla guida della crociata. Sarebbe sciocco definire questo fenomeno come anti-impero, poiché non esisteva un diritto acquisito a condurre l'impresa del *katechon*. Anche re spagnoli si autodefinirono imperatori, riferendosi essi pure alla guerra santa contro l'IsIam, il nemico della cristianità. Tutto ciò non può essere compreso né pensando ad un astorico « allontanamento da Roma », né a rappresentazioni moderne, vale a dire statalistiche, centralistiche e positivistiche, tipiche del tardo secolo XIX. Per le « civitates superiorem non recognoscentes » italiane il re germanico rimase nella veste di imperatore — anche se praticamente solo per effetto della sua particolare posizione di re d'Italia - a svolgere, ancora fino al tardo secolo XIV, la funzione di pacificatore, di arbitro nelle dispute e di combattente contro i tiranni. Persino quando la *potestas* imperiale divenne nella realtà un nome privo di potere, l'ordinamento complessivo del diritto internazionale europeo medioevale continuò a sussistere finché l'*auctoritas* del papa fu in grado di accordare incarichi di missione e mandati per le crociate, e di assegnare nuovi territori per le missioni. Fino ad allora, infatti, un elemento di effettività storica risiedeva nella suddivisione fondamentale degli ordinamenti dello spazio, nella distinzione tra il territorio dei principi e dei popoli cristiani e quello dei paesi non cristiani, nella conseguente limitazione delle guerre, ovvero nella distinzione tra i diversi tipi di guerra, e quindi nell'ordinamento internazionale concreto.

Solo un ordinamento spaziale completamente diverso mise fine al diritto internazionale dell'Europa medioevale. Esso sorse con lo Stato territoriale europeo spazialmente chiuso e accentrato, sovrano nei confronti dell'imperatore e del papa, ma anche di ogni altro vicino: uno Stato che disponeva dinanzi a sé di uno spazio libero e illimitato, destinato all'occupazione, nelle terre d'oltremare. I nuovi titoli giuridici, compieta-mente sconosciuti al Medioevo cristiano, che dovevano caratterizzare questo nuovo diritto internazionale, legato al sistema degli Stati, furono la *scoperta* e *l'occupazione di fatto [Entdeckung und Okkupation]*. Il nuovo ordinamento dello spazio non consisteva più in una localizzazione sicura, bensì in un bilanciamento, in un «equilibrio». Fino a quel momento non erano certo mancate, anche sul territorio europeo, brutte situazioni di tumulto e di «anarchia», in questo senso del termine, ma non era mai esistito quello che nei secoli XIX e XX sarebbe stato chiamato nichilismo. Se non si vuole che anche la parola nichilismo si riduca a una vuota espressione, si deve essere consapevoli della negatività specifica mediante la quale il nichilismo assume la sua posizione storica, il suo *topos*. Solo allora si potrà vedere in che cosa il nichilismo dei secoli XIX e XX differisce dalle situazioni anarchiche del Medioevo cristiano. Nella connessione esistente tra *utopia* e *nichilismo* si può infatti vedere che solo una definitiva e radicale separazione tra ordinamento e localizzazione nello spazio può essere detta nichilismo in un senso storico specifico.

Note

1 Karl Binding, *Das burgundisch-romische Königreich*, 1868. Ulteriori esempi si possono trovare nella ricca e finora unica

monografia esistente sulle occupazioni di territorio germanico da parte delle popolazioni nomadi di Ernst Gaupp: *Die germanischen Ansiedlungen und Landlheilungen in den Provinzen des römischen Westreiches,* Breslau, 1844; cfr. il corollario 5 (« La conquista territoriale come processo costitutivo del diritto internazionale »), sotto, pp. 72 sgg.

2 Le spedizioni belliche dei crociati — di coloro che *cum armis Jherusalem peregrinati sunt* — possono benissimo essere definite guerre sante. Ma la teologia morale odierna è molto critica nei confronti di questa espressione. Charles Journet (*L'Église du Verbe Incarné*, Paris, 1943) dedica a questo problema un capitolo intero, intitolato « La guerre sainte et la croisade ». Egli ritiene che le guerre sante, nell'accezione cristiana del termine, sono potute esistere solo in una cristianità di tipo sacrale, *une chrétienté de type sacrai,* nella quale le competenze canoniche e non canoniche del clero non erano nettamente distinte. La guerra santa pura, cioè la guerra guidata dal papa in base a competenze canoniche, secondo Journet è impossibile. « L'Eglise comme telle ne fait pas la guerre ». Tuttavia le guerre incoraggiate e sostenute dalla Chiesa potrebbero essere definite guerre *giuste.* Ma anche su questo punto Journet appare molto severo. Egli sostiene che se si prendesse sul serio la definizione di guerra giusta data da san Tommaso d'Aquino *(Summa theologica,* II, ri, q. 40, a. 1 e 3), le guerre *veramente giuste* potrebbero contarsi sulle dita. Il cristiano in quanto tale, *en tant que chrétien,* non conduce alcuna guerra. Solo *en chrétien* può farlo. La differenza tra *en tant que chrétien* e *en chrétien* è molto sottile. Non sono però certo che fosse già nota a san Luigi.

3 Gli esempi più grandiosi di localizzazione nello spazio sono contenuti nella storia di *Roma aetema.* Secondo il parere di autori illustri (R.M. Schultes, *De Ecclesia Catholica,* Paris, 1925) il papato è legato indissolubilmente a Roma, e precisa-

mente al *territorio di Roma,* il quale non potrà scomparire che alla fine dei tempi. Anche Bellarmino riteneva che la collocazione della successione di Pietro a Roma fosse di diritto e di fatto indissolubile: Roma non sarebbe mai restata senza clero e senza credenti. Charles Journet, che tratta la questione nella sua opera precedentemente citata (*L'Eglise du Verbe Incarni,* p. 522), ha aderito invece all'altra tesi, secondo la quale il successore di Pietro è sempre vescovo di Roma indipendentemente da dove effettivamente risieda. Se interpretato dal punto di vista della localizzazione spaziale, anche il passo relativo al *titolo* dell'opera di Rudolf Sohm *(Kirchenrecht,* vol. II, par. 28, pp. 284 sgg.) appare in una nuova luce.

4. Ciò è quanto ha ripetutamente sottolineato Eugen Rosenstock, ad esempio in *Die europäischen Revolutionen,* Jena, 1931, p. 69.

5. La continuità giuridica non può essere ricercata nell'esistenza o meno di uniformità storico-culturali o storico-economiche (cfr. su ciò Dopsch, *Das Kontinuitätsproblem,* Wien, 1938). I giuristi italiani considerano perlopiù solo una continuità di norme e di idee: così, ad esempio, G. Balladore Pallieri nel suo compendio di *Diritto intemazionale pubblico,* Milano, 1937, e B. Paradisi, *Storia del diritto internazionale nel Medio Evo,* vol. I, Giuffrè, Milano, 1940.

6 Accanto ai noti libri di John Neville Figgis *(From Gerson to Grotius* e *Churches in the Modern State)* cito qui in particolare la sua conferenza *Respublica christiana,* in « Translations of the Royal Historical Society », voi. V.

4. *Sul significato del termine nomos*

La parola greca che designa la prima misurazione, da cui derivano tutti gli altri criteri di misura; la prima occupazione di terra, con relativa divisione e ripartizione dello spazio; la suddivisione e distribuzione originaria, è *nomos*.

Questa parola, intesa nel suo significato originario, legato allo spazio, è quella che meglio si presta a rendere l'idea del processo fondamentale di unificazione di ordinamento e localizzazione. Vorrei restituire a questa parola la sua forza e grandezza primitiva, benché nel corso dei tempi, già fin dall'antichità, essa abbia perduto il proprio significato originario, riducendosi infine a designare, in maniera generica e priva di sostanza, ogni tipo di regolamentazione o disposizione normativistica, comunque posto o emanato. Essa fu in seguito impiegata per designare statuti, statuizioni, provvedimenti e decreti di ogni genere, cosicché alla fine, nel nostro secolo XX, potè comparire il termine *nomomachia* a designare la lotta contro l'abuso, divenuto evidente, di statuizioni e di provvedimenti legislativi nel quadro di una legalità ormai soltanto statale.[1]

a) *Nomos e legge*

E' dall'epoca dei Sofisti che si incomincia a non aver più esatta consapevolezza del collegamento esistente tra nomos e occupazione di terra. In Platone il nomos ha già il significato di uno *schedon,* di una semplice regola (*Politico,* 249 b). I *nomoi* di Platone hanno già in sé qualcosa dell'utopistico carattere pianificatore che è riscontrabile nelle leggi moderne. Aristotele distingue l'ordinamento concreto preso come un tutto, la *politeia* (termine che in tedesco viene perlopiù reso erroneamente con *Staat* o *Verfassung),* dai singoli molteplici *nomoi.* Egli obietta all'opera di Platone intitolata *Nomoi (Le Leggi)* di trattare quasi esclusivamente di questi ultimi, che sono accidentali, e di trascurare la *politeia (Politica,* II, 3, 1265 a 2). Il discepolo di Aristotele Teofrasto, dei cui *Nomoi* in 24 libri ci restano frammenti, sembra intendere con tale concetto solo i numerosi regolamenti delle varie politìe. Già Senofonte nei *Memorabili* (I, 2, 42-43) aveva definito nomos ogni disposizione scritta emanata dal potere competente, equiparando espressamente al nomos le risoluzioni popolari *(psephismata).*

Tuttavia è sempre possibile riconoscere, e in ogni caso nello stesso Aristotele, qualcosa della connessione originaria di ordinamento e localizzazione nello spazio, in virtù della quale il nomos risulta ancora espressione ed elemento costitutivo di una *misurazione* concreta e pensata nel suo aspetto essenzialmente spaziale. Secondo Aristotele, per esempio, Solone rappresentava in maniera specifica e insostituibile il nomoteta che, proprio come Licurgo, aveva creato — mediante la divisione della terra e l'estinzione dei debiti - contemporaneamente dei *nomoi* e una *politeia,* mentre Dracone aveva dato soltanto dei *nomoi* all'interno di una *politeia* già esistente. Nel giuramento soloniano che facevano gli Eliasti, costoro si impegnavano (secondo la testimonianza di Demostene) a giudicare secondo i *nomoi,* mentre era loro interdetta sia la divisione della terra, sia l'estinzione dei debiti.[2] La famosa definizio-

ne del *nomos* come *sovrano,* legata all'ideale che il nomos debba in quanto tale governare, possiede in Aristotele un significato del tutto diverso da quello che oggi le è di solito attribuito. Aristotele dice che il nomos deve essere determinante nei confronti del decreto popolare delle democrazie (*psephisma*). Il nomos si definisce dunque in primo luogo in contrapposizione allo *psephisma.* In secondo luogo il suo dominio è per Aristotele identico a quello di una media proprietà terriera, ben ripartita e distribuita. Dominio del nomos significa in questo senso dominio delle classi medie, contrapposto a quello dei ricchi da un lato e a quello della massa dei poveri dall'altro. E' necessario leggere esattamente proprio questi passi della *Politica* di Aristotele (IV, 4, 1290 a-1292 b) per comprendere quanto essi siano lontani dalle ideologie moderne del « dominio delle leggi ». In questo passo di Aristotele il nomos si mostra ancora chiaramente nel suo significato di ripartizione originaria della terra.

Il significato originario del nomos, la sua derivazione dall'occupazione di terra, resta quindi ancora riconoscibile. La disgregazione di questo significato originario comporta una serie di distinzioni e di antitesi. Tra queste la più importante è la contrapposizione di *nomos* e *physis,* in base alla quale il nomos finisce per consistere in un dover essere che si stacca dall'essere e che si impone su di esso. A questo punto il nomos — ridotto a mera norma o posizione — non è già più distinguibile da *thesmos, psephisma,* o *rhema,*[3] così come da ogni altra definizione che abbia come contenuto non già la misura interna dell'ordinamento e della localizzazione concreti, ma solo regolamenti e atti di posizione. Questo fino al punto di significare da ultimo — in modo tanto più intenso quanto più centralistico — soltanto un legalitario atto di posizione con possibilità di costrizione all'obbedienza.

Se nonostante tutto ciò io impiego di nuovo il termine nomos nel suo senso originario, non lo faccio per far rivivere di nuova vita artificiale miti sepolti, o per evocare vuote ombre. Il termine nomos è per noi utilizzabile perché in grado di preservare cognizioni che sorgono dalla problematica mondiale odierna da una confusione di tipo legal-positivistico, in particolare dal pericolo di essere scambiate con termini e concetti appartenenti alla scienza giuridica dello Stato del secolo XIX. È quindi necessario ricordare il senso originario e la sua connessione con la prima occupazione di terra. Il futuro nomos della terra non consisterà in una riesumazione di antiche istituzioni, ma non potrà nemmeno essere scambiato con il sistema della legalità normativistica e con i processi di proliferazione delle leggi del secolo scorso. Nonostante i mutamenti di pensiero e di espressione, iniziatisi già nell'epoca classica, è sempre stato chiaro che il termine *nomos* non significava originariamente un semplice atto di posizione, in cui essere e dover essere fossero divisi e la struttura spaziale dell'ordinamento concreto potesse rimanere ignorata. Questo uso linguistico appartiene piuttosto a un'epoca decadente, che non sa più ricollegarsi alle proprie origini e che non distingue più il diritto fondamentale, in quanto ordinamento e localizzazione, da tutti gli altri atti di posizione, statuizioni, comandi, provvedimenti e decreti — così come la guida e il dominio di una comunità richiede. Accade allora che detentori postumi del potere, di stampo ellenistico e cesaristico, i quali non sono più in grado di costituire, ma soltanto di dirigere, si collochino tra i resti ancora rimasti dei vecchi ordinamenti, dei quali si servono, al fine di procurarsi seguito e obbedienza.

Per non perdere il senso decisivo della connessione tra ordinamento e localizzazione è pertanto più esatto *evitare* di tradurre *nomos* con *legge*, o « regola », o « norma», o con altre

espressioni simili. Io rispetto senz'altro i tentativi, intrapresi da Wilhelm Stapel e Hans Bogner, di tradurre il termine *nomos* attribuendogli il significato di « legge vitale » *[Lebensgesetz]*. Mi disturba però, oltre all'aggettivo «vitale», il cui significato è degenerato nel biologico, anche il sostantivo « legge », che deve qui essere in ogni caso evitato.

E' particolarmente difficile, nella lingua tedesca, chiarire il significato della parola *Gesetz*. Il tedesco attuale è in gran parte lingua di teologi (in quanto lingua della traduzione luterana della Bibbia), e al tempo stesso lingua di tecnici e di artigiani (come già aveva osservato Leibniz). A differenza del francese, non è lingua di giuristi e di moralisti. Essa conosce un significato potenziato ed elevato, anzi sublime, della parola *Gesetz*. Poeti e filosofi amano questa parola che, attraverso la traduzione luterana della Bibbia, possiede un suono sacrale e una forza numinosa. A questa fonte perfino gli *Urworte-orphisch* di Goethe attingono ancora: « Nach dem Gesetz, nach dem du angetreten». Malgrado ciò, la parola tedesca *Gesetz*, a differenza di quella greca *nomos*, non è un termine originario. E' un termine non poi così antico della lingua tedesca scritta. Tale parola si trova profondamente avviluppata nelle opposizioni teologiche tra il concetto (ebraico) di legge e il concetto (cristiano) di grazia, tra il concetto (ebraico) di legge e il concetto (cristiano) di Vangelo, e ha infine avuto la sfortuna di perdere, proprio presso i giuristi, i quali avrebbero dovuto invece ritenerla sacra, la possibilità di mantenere il proprio senso sostanziale. Nella situazione mondiale odierna essa esprime ormai soltanto l'artificialità di quanto è *posto* e *dovuto* in senso meramente positivistico, vale a dire la mera volontà di imporsi, ovvero — per usare l'espressione sociologica di Max Weber — la volontà di realizzare una possibilità di coercizione.

Nomos, per contro, viene da *nemein*, una parola che significa tanto « dividere » quanto « pascolare » *[Weiden]*. Il nomos è pertanto la forma immediata nella quale si rende spazialmente visibile l'ordinamento politico e sociale di un popolo, la prima misurazione e divisione del pascolo, vale a dire l'occupazione di terra e l'ordinamento concreto che in essa è contenuto e da essa deriva; nelle parole di Kant: « la legge che ripartisce il mio e il tuo sul territorio » o, in un'altra ben significativa espressione inglese, il *radicai title*. Nomos è la *misura* che distribuisce il terreno e il suolo della terra collocandolo in un determinato ordinamento, e la forma con ciò data dell'ordinamento politico, sociale e religioso. Misura, ordinamento e forma costituiscono qui una concreta unità spaziale. Nell'occupazione di terra, nella fondazione di una città o di una colonia si rende visibile il nomos con cui una tribù o un seguito o un popolo si fa stanziale, vale a dire si colloca storicamente e innalza una parte della terra a campo di forza di un ordinamento. Solo per un simile nomos, e non per un qualsiasi atto di posizione o per una norma sofisticamente separata dalla *physis* concreta e contrapposta a questa come *thesis*, hanno un senso i detti, più volte citati ma ancora da discutere, di Pindaro e di Eraclito. In particolare, il nomos può essere definito come un muro, poiché anche il muro si basa su localizzazioni sacrali. Il nomos può crescere e moltiplicarsi come la terra *[Land]* e la proprietà: di un unico nomos divino « si nutrono » tutti i *nomoi* umani. Anche un termine come nomo*crazia* appare ancora sensato, mentre è poco usuale parlare di una nom*archia*. Immagini come quella del « muro » o del « nutrirsi » non sono più antiscientifiche dell'immagine della « fonte » del diritto — in uso proprio tra i giuristi positivisti del secolo XIX, ma decaduta a mera metafora — che ancora Savigny prendeva sul serio. E' certamente significativo il fatto che il nomos possa indicare anche una serie tonale,

dunque un ordine musicale. Ma con tutte queste diverse immagini noi dobbiamo fare attenzione, nel nostro contesto storico-giuridico, al fatto che il termine non può perdere il suo collegamento con un processo storico, con un atto costitutivo dell'ordinamento dello spazio.[4]

La discussione scientifica sul nomos è stata finora viziata dal fatto che la maggior parte dei giuristi parlano ancora oggi il linguaggio positivistico del tardo secolo XIX, mentre i filosofi e i filologi — cosa che non può esser loro rimproverata — seguono i concetti dei giuristi. La croce peggiore di questo vocabolario è la parola *legge* [*Gesetz*]. Mediante l'uso di questa infelice parola, termini, concetti e antitesi concettuali tipiche della nostra situazione odierna, completamente lacerata, vengono proiettati sulla discussione del termine autentico e originario *nomos*. La situazione attuale è da decenni caratterizzata dall'abuso del concetto di legalità tipico dello Stato legislativo centralistico, il cui unico correttivo, oggi divenuto piuttosto inefficace, è il concetto di legittimità.[5] Ma la legalità è ormai solo un modo di funzionamento della burocrazia statale, la quale si deve ovviamente attenere ad atti di posizione *[Setzung von Setzungen*] che scaturiscono dal luogo per essa competente del comando centrale. Ciò è quanto, alla luce della legalità e della giurisprudenza che alla legalità è subordinata, si intende per « positivismo ». In una simile epoca non è opportuno servirsi della parola *Gesetz* come traduzione tedesca di *nomos*. Non è nemmeno possibile, per indicare il nomos, usare altri concetti opposti a legge, determinati per via antitetica o dialettica a partire da questa specie di «legalità», e aventi oggi il senso di antitesi alla legge dello Stato legislativo legalitario. Così non è neppure opportuno tradurre la parola *nomos*, anziché con « legge », con parole come « costume », « consuetudine » o « contratto ».

Anche nel campo delle scienze naturali, si parla oggi in continuazione di « leggi ». Il concetto di legge proprio del positivismo delle scienze naturali è sotto questo profilo forse ancora più confuso di quello del positivismo delle scienze giuridiche. Proprio la « legge naturale » delle scienze naturali designa solo la funzione misurabile, non la sostanza. Il positivismo delle scienze naturali non conosce né origine né archetipi, ma solo cause. Al positivismo - come già aveva detto il suo fondatore Auguste Comte - interessa solo la « legge dell'apparire », e non quella dell'origine. Luogo d'origine e di provenienza non sono per il positivismo caratteri specifici fondanti. Con ciò esso sopprime la connessione di ordinamento e localizzazione. Quanto poi alla critica filosofica, da cui ci si poteva attendere un chiarimento, essa ha aggravato ancora di più la confusione. Così filosofi ed epistemologi tedeschi del tardo secolo XIX, capeggiati da Heinrich Rickert e Wilhelm Windelband, hanno diviso le scienze in scienze della natura e scienze dello spirito (o della cultura). Era una difesa contro la cieca assolutizzazione del tipo di scientificità proprio delle scienze naturali di allora, ed era quindi, in quanto tentativo di salvare il pensiero storico, un'impresa non priva di significato e di merito. Purtroppo, però, proprio il termine *nomos* andò a finire, in questo modo, nel campo della pura legge di natura. Wilhelm Windelband non definì infatti come « nomo-tetiche » le scienze dello spirito, della cultura o della storia, bensì quelle naturali. Si manifesta in questo fatto il potere di un processo tipico, non più cosciente della propria situazione esistenziale, cioè il processo di funzionalizzazione del « nomos » alla « legge », nello stile del secolo XIX.

b) *Il nomos come sovrano*

Il passo di Pindaro (fr. 169) or ora menzionato, tramandato soprattutto da Erodoto (III, 38) e da Platone (*Gorgia*, 484 b), e ricostruito con l'aiuto di numerosi scolii, parla del *nomos basileus,* del nomos come re. Le denominazioni del nomos come re, sovrano, despota e tiranno sono numerose. Abbiamo già visto che cosa significa il nomos come sovrano in Aristotele: in primo luogo un concetto antitetico a quello della sovranità delle risoluzioni popolari, e in secondo luogo, nella sostanza, il dominio di una media proprietà terriera, stabile e ben distribuita (*Politica*, IV, 4). Un passo di Erodoto parla, con riferimento agli Spartani (VII, 104), del nomos come despota. Si tratta, come risulta dal contesto del passo, di una replica al despota persiano Serse e non è affatto necessario vedere in esso un riferimento alla disciplina specificamente militare degli Spartani; anzi, si intende forse, piuttosto, la struttura complessiva dell'ordinamento spartano. Nel passo di

Pindaro (fr. 169) si tratta del furto di buoi compiuto da Eracle, il mitico fondatore dell'ordine - un'impresa mediante la quale questi, malgrado la violenza usata, fu creatore di diritto. In Platone è il Sofista Callide a citare questo passo di Pindaro e a interpretare il gesto di Eracle come mero atto di posizione di una imposizione. In tal caso il nomos non sarebbe nient'altro che il diritto arbitrario del più forte. Sarebbe espressione di quella che oggi in Germania è detta la *form normativa del fattuale,* un'espressione delle *metamorfosi* dell *'essere* in un *dover essere,* del fattuale in una legge. Si tratterebbe dunque già di una sorta di moderno positivismo « dell'atto di posizione » [*Setzung-Positivismus*]. Lo stesso Pindaro, come si desume da altri passi (fr. 81), sembra incerto in proposito. Ma anche Hölderlin intorbida la propria interpretazione del passo di Pindaro *(Hellingrath,* V, 277) rendendo in tedesco *nomos* con *Gesetz* e portando fuori strada con questa infelice scelta termi-

nologica, pur sapendo bene che *Gesetz* è la rigorosa « mediatezza ». Il nomos invece, nel suo significato originario, indica proprio la piena « immediatezza » di una forza giuridica non mediata da leggi; è un evento storico costitutivo, un atto della *legittimità* che solo conferisce senso alla legalità della mera legge.

In relazione a questo passo di Pindaro che è stato spesso discusso, ricordo qui ancora tre importanti saggi abbastanza recenti, cui sono particolarmente debitore ai fini di un chiarimento filologico e giuridico del significato della parola *nomos.* Hans Erich Stier, *Nomos basileus* (nella rivista « Philologos », LXXXIII, 1928, pp. 225 sgg.); Hans Niedermeyer, *Aristoteles und der Begriff des Nomos bei Lykophron* (negli scritti in onore di Paul Koschaker, 1939, pp. 1940 sgg.) e Alfred von Verdross, *Die Rechtslehre Heraklits* (nella « Zeitschrift für öffentliches Recht», XXII, 1943). H.E. Stier celebra le caratterizzazioni del nomos in quanto « l'obiettivo più alto » o « l'anima del tutto », e ritiene questa « la miglior formulazione ». In realtà queste non sono altro che perifrasi retorico-idealistiche che trascurano, nel concetto, il significato spaziale concreto di prima misura del suolo. In H. Niedermeyer si possono talora trovare indovinate definizioni del nomos, come ad esempio allorché egli parla di « potenza distributrice inappellabile » (p. 150) o di « forza reale agente concretamente » (p. 151 nota). Niedermeyer ha visto giusto, soprattutto che Pindaro e Solone parlano di nomos anche a proposito del singolo atto di distribuzione (p. 152 nota). L'esattezza di questa osservazione sta nel fatto che essa mostra la connessione tra il nomos e la prima distribuzione concreta e costitutiva, vale a dire l'occupazione di terra. Questo significato del nomos è predominante in Pindaro e Solone. Purtroppo Niedermeyer indebolisce la portata di questa sua osservazione straordinariamente importante aggiungendo che tale significato originario è solo «

molto arcaico ». Ma ancora in Aristotele e in Licofrone (che concepisce il nomos come « garante della sostanza del diritto *»)* si può trovare un residuo di sostanza. Niedermeyer definisce anche quest'ultimo come «arcaico» (p. 170), perché invece di vedere nelle formulazioni normativistiche del tardo « positivismo della posizione » delle mere degenerazioni, evasioni e disgregazioni, egli le riconosce quali esempi di alto « progresso formale », e orienta i propri concetti su di esse. Alfred von Verdross infine — in conformità al suo stile di pensiero, interamente giuridico — appare influenzato dalla propria concezione normativistica anche quando riconosce esattamente il significato non normativistico della massima di Eraclito. Così egli parla di « legge del divenire », tanto che il lettore deve faticare a cogliere i frutti del prezioso saggio impostando un continuo confronto con le supposizioni normativistiche.

Le ricerche di Jost Trier sono invece riuscite a rendere nuovamente riconoscibile il carattere di localizzazione spaziale contenuto in alcuni termini originari. Ciò vale soprattutto per termini come « sommità » e « frontone » *[First, Giebel*] e per le famiglie di parole indicanti «casa», «recinto» e «recinzione» *[Haus, Zaun, Hegung]*. « In principio sta il recinto. Recinto, recinzione, confine determinano profondamente nei suoi concetti il mondo formato dagli uomini. La recinzione è ciò che produce il luogo sacro, sottraendolo al consueto, sottoponendolo alla sua propria legge, consegnandolo al divino ». L'anello di recinzione, la cinta formata da uomini, il *Mannring,* sono forme originarie della comunità di culto, giuridica e politica. Questa consapevolezza del fatto che il diritto e la pace poggiano originariamente su *delimitazioni in senso spaziale* la incontreremo ancora spesso nel proseguimento della nostra trattazione, e sarà fruttuosa. In particolare ci aiuterà a comprendere che il problema centrale di ogni ordinamento

giuridico non è tanto quello dell'abolizione della guerra, ma piuttosto quello della sua limitazione o regolamentazione. Quanto all'etimologia di *nomos,* è importante notare con J. Trier che questo termine è esso stesso etimologicamente un « termine di recinzione » [*Zaunwort*]: « Ciò che ogni nomos è, lo è all'interno della propria cerchia recintata ». *Nomos* significa luogo di dimora, distretto, luogo di pascolo. Il termine *nemus,* di egual radice, può avere anch'esso un significato di culto come lo hanno «selva», «bosco», «foresta» *[Wald, Hain, Forst].*[6]

Nella nostra accentuazione dell'origine spaziale delle rappresentazioni giuridiche vi potrebbe però essere un certo rischio di arrivare, mediante una troppo ampia generalizzazione, all'astratta problematica filosofica del rapporto tra *spazio* e *tempo,* sul solco della vecchia antitesi, popolare e banale, dei due concetti. La discussione sfocerebbe allora o nei ragionamenti della filosofia berg-soniana, contrapponendo intelligenza e istinto, dove lo spazio sarebbe opposto come qualcosa di « intellettuale » alla « durata concreta », oppure — come di preferenza si è fatto in Germania dopo il 1939 — subentra un mero capovolgimento di valore di questa antitesi, dove lo spazio appare ora come esistente-concreto e il tempo come astratto-intellettualistico. Entrambe le posizioni possono essere costruite con acume, ma in questa sede non facciamo alcun riferimento a esse e quindi eviteremo di toccarle.

D'altra parte, il carattere spaziale originario del termine *nomos* non si é mantenuto neppure durante l'antichità greca. I provvedimenti di Solone, che dapprima erano chiamati *thesmoi,* furono detti più tardi *nomoi.* Quanto alla designazione *nomoi,* riferita alle province e ai distretti dell'impero tolemaico, essa deriva forse dalla parola egizia *nomes.* Il fatto che tali impieghi del greco *nomos* per designazioni spaziali fossero possibili ancora in età ellenistica non è del tutto privo di si-

gnificato. In complesso però già nell'epoca classica si imposero le trasformazioni interpretative - in chiave normativistica e positivistica - del nomos, mediante le quali i Sofisti giungevano a vedere in quest'ultimo una semplice posizione o statuizione. Questo mutamento di senso si sarebbe affermato in seguito alla dissoluzione della *polis,* culminando nel culto ellenistico e cesaristico del detentore del potere politico. Da quando poi Alessandro Magno fu venerato come un dio e la divinizzazione del sovrano negli imperi ellenistici prese a essere un fatto istituzionale, non si potè più distinguere tra *nomos* e *thesis.* Il positivismo dei Sofisti è qui soltanto l'espressione di una tipica - benché abnorme - situazione di sviluppo.

Il paradosso e l'aporia insiti nei meri « atti di posizione » erano a quel tempo soltanto argomento di alcuni filosofi. Essi non venivano affatto avvertiti a livello generale come un « progresso formale », ma erano rimasti dapprima inseriti nell'ambito della religione popolare pagana. Più tardi, dopo la vittoria del Cristo sui Cesari, una nuova religione assunse l'eredità storica dell'antichità. Il « progresso » effettuato dai Sofisti non è dunque affatto storicamente identico al positivismo giuridico del secolo XIX, divenuto non cristiano e ateo.

Il moderno positivismo « dell'atto di posizione » fu la creazione di giuristi disillusi, il cui atteggiamento spirituale - dopo le delusioni politiche del 1848 - tradiva la completa sottomissione alle pretese egemoniche delle scienze naturali, alla pretesa di progresso dello sviluppo tecnico-industriale e alla nuova pretesa di legittimità della rivoluzione. I giuristi non si erano accorti, nel quadro nichilistico del loro tempo, che gli atti di posizione [*Setzungen*] finivano per diventare disgregazioni [*Zersetzungen],* e non avevano nemmeno notato - malgrado l'ammonimento di Savigny - fino a che punto il loro preteso positivismo legale li avrebbe condotti a porre in dubbio le loro stesse premesse storiche, intellettuali e professionali. La

legge si riduceva, di conseguenza, ad atto di posizione rivolto all'apparato statale che lo applica con « possibilità di costrizione all'obbedienza ». « Legge » e « provvedimento » non si potevano più distinguere tra loro. Ogni comando pubblico o segreto, purché eseguito all'interno dell'apparato statale, poteva essere chiamato legge; la sua possibilità di costringere all'obbedienza non era minore, ed anzi era forse maggiore di quella delle statuizioni acclamate e proclamate dopo lunghi dibattiti del tutto pubblici. Da una simile filosofia del diritto non venne alcun aiuto terminologico o concettuale al fine di tradurre adeguatamente il termine *nomos.*

c) *Il nomos in Omero*

Un'altra locuzione, alla quale vorrei fare riferimento nel nostro discorso sul nomos, minaccia di condurci nel groviglio delle diverse possibili interpretazioni filologiche. Mi riferisco al noto passo iniziale dell *Odissea* (I, 3), in cui si legge, secondo la versione dominante, καί νόον εγνω. Io preferisco la lezione καί νόμον εγνω (cfr. R. Hirzel, *Themis, Dike und Verwandtes,* 1907; Busolt-Swoboda, *Griechische Staatskunde,* cit., p. 456; ulteriori indicazioni stanno nei tre saggi di Stier, Niedermeyer e Verdross citati, sopra, al par. b). Questo l'inizio dell'*Odissea* nella traduzione di Voss:

Sage mir, Muse, die Taten des vielgewanderten Mannes,
Welcher so weit geirrt, nach der heiligen Troja Zerstó-
rung,
Vieler Menschen Stàdte (άστεα) *gesehn und Sitte* (νόον

oppure νόμον) *gelernt hat,*
Und auf dem Meere soviel unnennbares Leid erduldet.

Diversamente da H. Niedermeyer, ritengo utile e fruttuoso, nel tentativo di chiarire il concetto di nomos, entrare nel merito proprio di questo passo *dell'Odissea,* I, 3. La lezione dominante ha *noos* anziché *nomos.* Lasciamo aperta la questione se queste due parole siano etimologicamente prive di collegamento o se invece possano essere ricondotte entrambe alla medesima radice. In ogni caso esse oggi non significano più la stessa cosa. Anche il problema degli altri passi dell *Odissea* in cui compare la parola *noos* (VI, 121; XXIV, 474, 479) può essere qui lasciato da parte, senza decidere se anche in questi passi non starebbe meglio la parola *nomos.* Il fatto che altrimenti *nomos* non comparirebbe in Omero, non è un argomento determinante. Nel complesso mi sembra che l'argomento convincente vada visto invece nel fatto che il poeta parla, all'inizio dell'*Odissea,* nel verso 3 della terra e nel verso 4 del mare, ma che il *nomos* (a differenza del *noos*) è associato in maniera specifica alla terra. E' questa una prospettiva cui ha rimandato Alfons Hòltermann (Colonia), riferendosi al mio scritto *Land und Meer* (Reclam, Leipzig, 1942).[7]

Secondo la versione dominante *noos* (invece di *nomos),* il passo significa che Odisseo ha « conosciuto » il *nous,* ovvero lo spirito, l'intelletto, la mentalità e il modo di pensare di molti uomini — o persino, delle città di molti uomini. L'astuto eroe si sarebbe dunque interessato allo « spirito » che era proprio di « varie città » e di « molti uomini », e sarebbe stato così una sorta di primo psicologo sociale: un precursore di Montesquieu e di Herder, se non addirittura di Hellpach e del conte Keyserling. Immagine letteraria davvero commovente del vecchio marinaio! E avrebbe anzi « conosciuto » questo

nous, avrebbe dunque praticato già la teoria della conoscenza, da neokantiano *avant la lettre!*

Mi sembra del tutto insensato porre in connessione le immagini di città e fortezze (ἄστεα) con un *nous* nel senso di spirito, intelletto e mentalità. Il *nous* è infatti comune a tutti gli uomini, e naturalmente una città fortificata (ἄστυ) ben difesa non possiede in quanto tale un proprio *nous* particolare, ma detiene piuttosto, in maniera tanto più specifica, un proprio *nomos.* Differenziare quindi quel *nous* — che è comune all'umanità in generale — secondo singole città o persino fortezze e conoscerlo in questo modo, è qualcosa di estraneo a tutto il pensiero antico. Soltanto in moderne psicologizzazioni (che lo fanno diventare *Geist* oppure *esprit)* lo spirito può divenire tema di indagine storica e sociopsicologica, ed essere riferito a città o fortezze. Nel passo molto famoso in cui cita la definizione di Pindaro del nomos come *basileus,* Erodoto (III, 38) parla proprio della varietà dei costumi e delle consuetudini dei diversi popoli e conclude la propria descrizione di questa varietà con quella celebre definizione. Ma a quel tempo nessun greco avrebbe mai pensato di riferire quella varietà al *nous* anziché al *nomos.* Non si può nemmeno parlare del *nous* di « molti uomini », poiché il *nous* è ciò che è universalmente umano, comune non a molti, bensì a tutti gli uomini pensanti. Invece il concetto di recinzione, delimitazione e collocazione sacrale, insito nel termine *nomos,* esprime proprio la sud-divisione e la distinzione degli ordinamenti, la cui particolarità doveva essere l'oggetto adatto per l'osservazione di un « esperto » marinaio.

d) *Il nomos come principio fondamentale della suddivisione dello spazio*

Certo, ogni disputa in merito all'interpretazione del termine e ogni esercizio di acutezza filologica restano naturalmente vani finché la parola greca *nomos* — nelle locuzioni di Eraclito e di Pindaro spesso citate — da atto concreto di costituzione di un ordinamento e di una localizzazione nello spazio, vale a dire da *ordo ordinans,* quale essa è, viene ridotta unicamente a posizione prescrittiva di imposizioni e — in base alla mentalità di un sistema positivistico della legalità — viene resa col termine « legge ». Si aggiunge a ciò una particolare difficoltà, data dal fatto che la maggior parte dei filologi evidentemente non si rende nemmeno conto fino a che punto il termine « legge » sia stato funzionalizzato dai giuristi del tardo Ottocento nel sistema positivistico della legalità che caratterizza il moderno apparato statale: in un sistema cioè in cui la legalità si rivela quale mera arma posta nelle mani del partito di volta in volta ammesso al potere legislativo contro il partito che ne è stato escluso. Le parole di Eraclito e di Pindaro significano in realtà soltanto che tutte le regolamentazioni successive, scritte e non scritte, traggono la loro forza dalla misura interna di un atto originario, costitutivo e ordinativo in senso spaziale. Questo atto originario è il nomos. Tutto quanto viene dopo sono o effetti e integrazioni oppure nuove ripartizioni: *anadasmoi;* dunque o una continuazione del vecchio fondamento o varianti disgregatrici dell'atto costitutivo dell'ordinamento spaziale, rappresentato dall'occupazione di terra, dalla fondazione di città o dalla colonizzazione.

Questi processi costitutivi non sono ovviamente cosa di ogni giorno; non sono d'altronde neppure faccende dei tempi passati, aventi ormai per noi un interesse solo archeologico o antiquario. Finché la storia universale non sarà conclusa, bensì ancora aperta al mutamento, finché le situazioni non

saranno fissate e cristallizzate per sempre, finché — in altre parole — uomini e popoli avranno ancora un futuro, e non solo un passato, allora nelle forme sempre nuove dell'apparire degli eventi della storia del mondo sorgerà un nuovo nomos. Per noi si tratta del processo fondamentale della suddivisione dello spazio, che è essenziale a ogni epoca storica; si tratta della combinazione strutturante di ordinamento e localizzazione, nel quadro della convivenza tra i popoli sul pianeta nel frattempo scientificamente misurato. In questo senso si parla qui di nomos della terra. Poiché alla base di ogni nuovo periodo e di ogni nuova epoca della coesistenza tra i popoli, tra gli imperi e i paesi, i detentori del potere e le forme di potere di ogni specie, vi sono nuove suddivisioni dello spazio, nuove delimitazioni e nuovi ordinamenti spaziali della terra.

Note

1 L'espressione « nomomachia » è di James Goldschmidt (in « Juristische Wochenschrift », 1924, p. 245), su cui cfr. C. Schmitt, *Verfassungslehre,* München-Leipzig, 1928, p. 142 [trad. it. a cura di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 194],

2 L'autenticità del passo di Demostene (XXIV, 149-51) è contestata; cfr. Robert von Pòhlmann, *Geschichte der sozialen Frage und des Sozialismus in der antiken Welt,* 3ª ediz., 1925, p. 329, nota 5; Busolt-Swoboda, *Griechische Staatskunde,* p. 1154, nota 2; F. Oertel, *Klassenkampfe, Sozialismus und organischer Staat im alten Griechenland,* Bonn, 1942, p. 58, nota 65. La connessione tra il nomos e la conquista di territorio resta in ogni ca-

so evidente, anche a prescindere dalla questione dell'autenticità del passo di Demostene.

3 Nel distico su Leonida e sui combattenti delle Termopili è detto: *rhemasi peithomenoi,* « obbedienti ai *comandi* » (degli Efori), che in seguito divenne *nominois peithomenoi.* Cicerone tradusse: « legibus obsequimur », e Schiller: « wie das Gesetz es befahl ». Cfr. su ciò il breve ma significativo saggio di Hans Schaefer nella rivista « Wandlung », III, 6, 1948.

4 Abbiamo una prova semplice e sicura che il significato originario del termine *nomos* è stato disatteso. La lingua greca conosce molti verbi che si formano per composizione sul sostantivo *nomos,* come *patronomein, basileuonomein, persinomein* e altri (cfr. in proposito la voce « Patronomos », di Hans Schaefer, in Pauly-Wissowa-Mittelhaus, XVIII, fase. spec. 2, coll. 2295 sgg.), correttamente tradotti con « dominio del padre » o « dominio paterno », « dominio del re », « dominio persiano », ecc. Ora, però, se veramente ci fosse un « dominio del nomos » nel senso del « dominio di leggi astratte », dovrebbe esistere anche il sostantivo *nomonomia,* che invece naturalmente non esiste. Una simile combinazione di termini rivela solo l'assurdità delle concezioni che la sottendono.

5 C. Schmitt, *Legalität und Legitimität,* München-Leipzig, 1932 [trad. it. parziale a cura di G. Miglio e P. Schiera, in C. Schmitt, *Le categorie del 'politico',* Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 211-44],

6 Jost Trier, *Zaun und Mannring,* in « Beiträge zur Geschichte der deutschen Sprache und Literatur » (fondato da Braune, Paul, Sie-vers, a cura di T. Frings), LXVI, 1942, p. 232.

7 Trad. it. a cura di A. Bolaffi, *Terra e mare,* Giuffrè, Milano, 1986 *[N.d.T.].*

5. *La conquista territoriale come processo costitutivo del diritto internazionale*

L'ultima fase storica del diritto internazionale europeo, che sta ormai volgendo al termine, è quella che si basa sulle grandi conquiste territoriali dei secoli XVI e XVII e che tratteremo dettagliatamente nei capitoli successivi. La fase precedente si basava sui risultati prodotti dalle cosiddette migrazioni di popoli, che non furono tanto migrazioni di popoli, quanto piuttosto una serie di grandi conquiste territoriali.

Ovviamente, non ogni invasione o temporanea occupazione è già di per sé una conquista territoriale che fonda un ordinamento. Si è avuto infatti, nella storia universale, un numero sufficiente di atti di violenza che si sono ben presto autodistrutti. Allo stesso modo, non ogni sottrazione di terra è un nomos, ma al contrario il nomos - inteso nel nostro senso — contiene sempre in sé un ordinamento e una localizzazione che lo legano al territorio. Se entra poi in gioco il mare, l'ordinamento spaziale del diritto internazionale risulta determinato dal rapporto tra terra e mare. Se entra infine in gioco, quale terza dimensione, il dominio sullo spazio aereo, sorgono ordinamenti dello spazio ancora nuovi. Ma la conquista territoriale che si compie sulla superficie terrestre continua anche in questo caso a rivestire un'importanza fondamentale. Pertanto la nostra impostazione, basata sul concetto

giusinternazionalistico di conquista territoriale, ha ancora oggi un suo senso.

L'espressione *conquista territoriale,* usata qui per designare il processo di ordinamento e di localizzazione concernente la terraferma e costituente il diritto, è diventata comune nella lingua tedesca solo da pochi decenni.[1] Prima non si parlava di conquista territoriale, ma solo di *divisioni* di terra. Ora, a ogni conquista territoriale è in qualche modo connessa una divisione e una ripartizione della terra conquistata. Ma la divisione è semplicemente una conseguenza della conquista: essa costituisce già un effetto e un'emanazione, sia verso l'interno che verso l'esterno, del *radical title.* Fino ad oggi esiste una sola trattazione storico-giuridica complessiva che abbia come oggetto la conquista territoriale delle tribù e dei popoli germanici all'epoca delle loro migrazioni: il libro, apparso più di un secolo fa, nel 1844, del giurista Ernst T. Gaupp, di Breslavia, intitolato *Die germanischen Ansiedlungen und Landtheilungen in den Provinzen des Römischen Westreiches in ihrer völkerrechtlichen Eigenthümlichkeit und mit Rücksicht auf verwandte Erscheinungen der alten Welt und des späten Mittelalters dar gestellt* [« Gli insediamenti e le divisioni di terra germanici nelle province dell'impero romano occidentale. Descritti nella loro peculiarità di diritto internazionale e con riferimento a fenomeni affini avvenuti nel mondo antico e nel tardo Medioevo »]. L'espressione *divisione di terra* è stata certamente influenzata dalla traduzione luterana della Bibbia, che parla di *presa* e di *divisione* della terra (*Mosè,* 4, *34*\ divisione secondo la sorte tra le singole tribù). Così suona il passo classico *(Gs,* 11, *23):* « Quindi Giosuè prese tutto il territorio e lo diede in eredità a Israele; ad ogni tribù fu assegnata la sua parte e il paese cessò di combattere ».

Dal nostro punto di vista, l'espressione « conquista territoriale» è preferibile a «divisione di terra», poiché rende più

chiaro il riferimento al costituirsi del *radicai title,* tanto all'interno quanto all'esterno. Con il termine «divisione», invece, l'attenzione si sposta troppo dall'avvenimento di diritto internazionale al processo interno di spartizione del territorio occupato (che avviene a sorte o in altra maniera) e alla formazione dei diversi tipi di proprietà del suolo conquistato, siano questi il demanio pubblico e la proprietà fiscale, siano i beni della corona o della stirpe, la proprietà collettiva o individuale, il *dominium* o la super- o subproprietà di diritto feudale.[2]

In ogni epoca, tutti i popoli che si mossero in direzione di nuovi spazi e che nel corso dei loro spostamenti divennero stanziali — fossero essi greci, italici, germanici, slavi, magiari[3] o appartenenti ad altre stirpi, tribù o séguiti -, tutti compirono conquiste territoriali, e l'intera storia coloniale non è che una storia di processi di fondazione determinati spazialmente, nei quali ordinamento e localizzazione sono tra loro connessi. In questa fase originaria della conquista territoriale diritto e ordinamento sono — come si è già detto — un'unica cosa e, nella coincidenza iniziale di localizzazione e ordinamento, non possono essere separati l'uno dall'altro. Dal punto di vista storico-giuridico esistono inoltre (se si tralasciano i meri atti di violenza, destinati presto ad autodistruggersi) due diversi tipi di conquiste territoriali, cioè quelle che si verificano *all'interno* di un ordinamento complessivo di diritto internazionale già esistente, ottenendo perciò senza difficoltà il riconoscimento da parte di altri popoli, e *altre* invece che distruggono l'ordinamento spaziale esistente e fondano un nuovo nomos dell'area spaziale complessiva di popoli coesistenti. A ogni mutamento territoriale è legata una conquista di territorio, ma non ogni conquista di territorio, ogni spostamento dei confini e ogni fondazione di una nuova colonia è già per questo un processo costitutivo di un nuovo nomos, sovvertitore del diritto internazionale. In particolare,

determinante è se vi sia lo spazio di manovra di un territorio libero e se vi siano forme riconosciute per l'acquisizione di territori non liberi. La dottrina della guerra giusta di Vitoria rende ad esempio possibile la conquista territoriale di suolo straniero non libero. Le numerose conquiste, dedizioni, occupazioni di fatto, annessioni, cessioni e successioni della storia universale o si inquadrano in un ordinamento spaziale del diritto internazionale già dato, oppure spezzano quel quadro e hanno la tendenza — se non sono soltanto dei fugaci atti di forza — a costituire un nuovo ordinamento spaziale di diritto internazionale.

Questa tipica contrapposizione tra « costituente » e « costituito » è facile da comprendere in linea di principio. La differenziazione tra atti costituenti e istituzioni costituite, l'opposizione di *ordo ordinans* e *ordo ordinatus, pouvoir constituant* e *pouvoir constitué,* è in sé universalmente riconosciuta e ricorrente. I giuristi di diritto positivo, ovvero di diritto «costituito» e «posto», si sono tuttavia in ogni epoca abituati a considerare soltanto l'ordinamento esistente e i processi all'interno di esso, cioè soltanto l'ambito di ciò che è già stabilmente ordinato e costituito, in particolare solo il sistema di una determinata legalità statale. Essi rifiutano volentieri, come non giuridica, la questione dei processi di fondazione dell'ordinamento, ritenendo sensato ricondurre ogni legalità alla costituzione o alla volontà dello Stato inteso come persona. Alla questione ulteriore della provenienza di questa costituzione e delle origini di questo Stato, essi si limitano a rispondere che entrambe, la genesi di una costituzione e le origini di uno Stato, sono meri dati di fatto. Tutto ciò possiede, in tempi di non problematica sicurezza, un certo suo significato pratico, soprattutto se si pensa che la moderna legalità è in primo luogo il modo di funzionamento della burocrazia statale. Quest'ultima non si interessa del diritto della propria origine, ma solo

della legge del proprio funzionamento. Ma anche la dottrina dei processi costitutivi e delle forme in cui il potere costituente si manifesta fa parte della problematica giuridica. Vi sono infatti più tipi di diritto. Non vi è soltanto la legalità statale, ma anche il diritto pre-, extra- e interstatale.[4] In particolare, per quanto riguarda il diritto internazionale, vi sono in ogni capitolo della storia esempi di imperi, paesi e popoli i quali sviluppano i più svariati ordinamenti della propria coesistenza, la cui componente più importante è sempre rappresentata dai princìpi e dai procedimenti di mutamento territoriale, tanto di diritto pubblico quanto di diritto privato.

Questa riflessione sul significato dell'espressione *conquista territoriale* nell'ambito del diritto internazionale ci consente di capire in prospettiva storico-giuridica e filosofico-giuridica l'avvenimento fondamentale nella storia del diritto internazionale europeo esistito fino a oggi: la conquista di un nuovo mondo.

Note

1 Heinrich Brunner, in *Deutsche Rechtsgeschichte* (I, 2, 2ª ediz., Leipzig, 1906, pp. 72-73), usa già il termine *Landnahme,* mentre ad esempio Karl Binding, in *Das burgundisch-römische Königreich,* cit., non lo conosce ancora. Una delle rare occasioni in cui il termine *Landnahme* è stato usato con consapevolezza giuridica nel corso di un dibattito di diritto internazionale è data dai lavori del Congresso coloniale tedesco del 1905 (Berlin, 1906, p. 410). In quell'occasione F. Stoerk trattò il fenomeno della « conquista territoriale » *(Landnahme),* il fenomeno della « colonizzazione » e il problema della « conquista

territoriale che (oggi) si realizza sotto il controllo dell'intero complesso degli Stati ».

2 Un quadro eccellente delle possibilità che qui si sviluppano è contenuto nel saggio di Wilhelm Wengler, *Vergleichende Betrachtungen über die Rechtsformen des Grundbesitzes der Eingeborenen,* in « Beiträge zur Kolonialforschung», III, pp. 88 sgg.

3 Cito in particolare i Magiari perché in Ungheria il ricordo della conquista territoriale è rimasto particolarmente vivo, come pure è rimasto vivo, a differenza che in altri paesi, il termine usato per designare la conquista territoriale: *honfoglalas.*

4 L'esposizione moderna più significativa, e nello stesso tempo più bella, comprovante la necessità di fare attenzione alla pluralità dei tipi di diritto, è quella del grande giurista francese Maurice Hauriou. Ci sono giuristi che riconoscono « come diritto in senso giuridico » *[ab Rechi im Rechtssinne*] — così si esprime significativamente Rudolf Sohm — solo il diritto legale dello Stato. Hauriou osserva: « Il loro errore consiste nel fatto che essi credono che esista un solo tipo di diritto, mentre ve ne sono perlomeno due: quello dello Stato e quello prestatale *(celui de l'Etat et celui antérieur à l'Etat),* e nel fatto che essi attribuiscono allo Stato un valore assoluto ». Lo Stato è, secondo Hauriou, un'istituzione il cui diritto è circoscritto principalmente alla sfera interna e presuppone inoltre una normale situazione di pace. Nelle relazioni extrastatali e durante i disordini interni a uno Stato — in particolare nel corso di una guerra civile — c'è un diritto primitivo che non è però meno diritto di quello della legalità statale. Ogni costituzione statale si rifà a un diritto prestatale: non è quindi un semplice *dato di fatto.* Del resto non è lecito neppure confondere le leggi costituzionali dello Stato moderno e il suo potere costituente con questi atti costituenti che risalgono al diritto di una *liberté primitive.* Il *pouvoir constituant* negli Stati moder-

ni può già essere compreso nella legalità statale ed essere solo un tipo particolare di *pouvoir législatif.* (Cfr. M. Hauriou, *Principes de droit constitutionnel*, Paris, 1923, pp. 284 sgg.).

II

LA CONQUISTA TERRITORIALE DI UN NUOVO MONDO

1. *Le prime linee globali. (Dalla « raya », attraverso la « amity line », alla linea dell'emisfero occidentale)*

Non appena la terra fu compresa nella forma di un *globo* reale, non solo miticamente, ma quale dato di fatto scientificamente esperibile e quale spazio pratica-mente misurabile, si aprì subito un problema del tutto nuovo e sino ad allora inimmaginabile: quello di un ordinamento spaziale di diritto internazionale dell'intero globo terrestre. La nuova immagine globale dello spazio richiedeva un nuovo ordinamento globale dello spazio. Questa la situazione che emerse in seguito alla circumnavigazione della terra e alle grandi scoperte dei secoli XVI e XVII. Contemporaneamente si iniziava con ciò l'epoca del moderno diritto internazionale europeo, che si sarebbe conclusa solo nel secolo XX.

La scoperta del nuovo mondo provocò subito anche l'accendersi della lotta per la conquista delle terre e dei mari facenti parte di esso. La divisione e la ripartizione della terra diventarono allora in misura crescente una faccenda riguardante tutti gli uomini e le potenze coesistenti sullo stesso pianeta. Vennero ora tracciate linee per dividere e ripartire la terra intera. Queste linee, di cui parleremo, furono il primo tentativo e il primo sforzo di determinare i criteri di misura e le delimitazioni valide per un ordinamento spaziale globale della terra nel suo complesso. Esse coincidono col primo sta-

dio della nuova coscienza planetaria dello spazio, e sono comprensibilmente pensate in riferimento esclusivo a una superficie spaziale da suddividere più o meno puramente *more geometrico*. Più tardi, quando la coscienza storica e scientifica degli uomini ebbe, in tutti i sensi della parola, *rilevato* la terra intera fin nelle singole particolarità cartografiche e statistiche, si intensificò la necessità politico-pratica non solo di una divisione geometrico-superficiale, ma di un ordinamento spaziale della terra pieno di contenuto.

Il diritto internazionale europeo tra il secolo XVI e il secolo XX considerava le nazioni cristiane d'Europa quali creatrici e portatrici di un ordinamento valido per tutta quanta la terra. Con « europeo » si designava allora lo status « normale », che si pretendeva determinante anche per la parte non europea del globo. Civiltà era sinonimo di civiltà europea. In questo senso l'Europa continuava a essere il centro della terra. Ma naturalmente, con la comparsa del « nuovo mondo », questa Europa era costretta al ruolo di vecchio mondo. Il continente americano era infatti realmente un mondo del tutto nuovo, perché anche quegli eruditi e quei cosmografi dell'antichità e del Medioevo che erano a conoscenza della sfericità della terra e del fatto che le Indie potevano essere raggiunte da occidente, non avevano avuto alcun sentore del grande continente situato tra l'Europa e l'Asia orientale.

Nel Medioevo i principi e i popoli cristiani d'Europa avevano considerato Roma o Gerusalemme come il centro della terra e se stessi quali parte del vecchio mondo. La sensazione che il mondo fosse vecchio e il tramonto prossimo compare di frequente; essa caratterizza ad esempio parte dell'opera storiografica di Ottone di Frisinga. Anche questo rientra nella già ricordata visione cristiana della storia, che vede nell'impero solo la forza capace di frenare l'Anticristo, il *katechon*. Quanto al nemico più pericoloso, l'IsIam, già allora es-

so non era più nuovo. Nel secolo XV era da tempo diventato un vecchio nemico. Così, quando nel 1492 comparve realmente un « nuovo mondo », tutti i concetti tradizionali di *centro* e di *età* della terra dovettero mutare la propria struttura. I principi e le nazioni europee videro allora sorgere accanto a sé un immenso spazio non europeo fino a quel momento sconosciuto.

Ma il fatto essenziale e decisivo per i secoli successivi fu che il nuovo mondo emergente non si presentava come un nuovo nemico, bensì come uno *spazio libero,* come un'area libera per l'occupazione e l'espansione europea. Ciò fu dapprima, per tre secoli, una conferma dell'Europa nella sua posizione di centro della terra e di vecchio continente. Ma fu nondimeno fin dal principio una dissoluzione dei tradizionali concetti concreti di centro e di età. Infatti si accese allora la lotta all'interno dell'Europa per il possesso di questo nuovo mondo, e da essa scaturì un nuovo ordinamento spaziale con nuove suddivisioni della terra. Quando un vecchio mondo vede emergere accanto a sé un nuovo mondo, ne risulta posto dialetticamente in questione e appare « vecchio » in un senso del termine che non è più quello precedente.

I primi tentativi di suddividere la terra secondo il diritto internazionale e sulla base di una nuova visione geografica complessiva iniziarono subito dopo il 1492. Furono contemporaneamente i primi adattamenti alla nuova immagine planetaria del mondo. In apparenza essi non furono però in principio altro che grossolani interventi di accaparramento nel corso della gigantesca impresa di conquista territoriale. Ma questi stessi primi interventi resero necessarie, nella lotta che i conquista-tori europei conducevano tra loro, certe divisioni e ripartizioni. Queste nacquero da un determinato modo di pensare che definirei *pensiero per linee globali.* Si tratta di un modo di pensare che segna un capitolo preciso nello svi-

luppo storico della coscienza umana dello spazio, e che incomincia subito con la scoperta del «nuovo mondo» e con l'inizio dell'« età moderna», evolvendosi continuamente di pari passo con il progresso delle carte geografiche e della conoscenza teorica del globo. Con il termine *globale* viene quindi indicato il carattere tanto planetario-complessivo, quanto territoriale-superficiale proprio di questo modo di pensare, basato sull'equiparazione tra superficie terrestre e superficie marina. In questo senso l'espressione « pensiero per linee globali » mi sembra adeguata e calzante. Essa è comunque più evidente e storicamente più appropriata di altre definizioni, come ad esempio quella di Friedrich Ratzel, che propone l'aggettivo « ologeico », ed è migliore pure del termine « planetario » o di altri termini simili, in cui è colta unicamente la totalità della terra, ma non il peculiare modo della sua ripartizione.

La questione è fin dal principio politica e non si lascia sbrigare quale faccenda « puramente geografica». E' vero che la pura geografia e la semplice cartografia sono, in quanto metodi scientifico-naturali, matematici e tecnici, qualcosa di neutrale, ma è anche vero che esse forniscono — come ogni geografo sa — possibilità di applicazione e di utilizzazione immediatamente attuali e altamente politiche. E' quanto si chiarirà in seguito, soprattutto in relazione all'esempio costituito dal concetto di « emisfero occidentale ». Pertanto, nonostante la neutralità della scienza geografica, incomincia subito una lotta politica per concetti puramente geografici, una contesa che sembra talvolta giustificare la tesi pessimistica di Thomas Hobbes, che persino le evidenze dell'aritmetica e della geometria diventano problematiche quando entrano nell'ambito del politico, vale a dire nell'ambito dell'acuta distinzione tra amico e nemico. Il fatto ad esempio che il meridiano iniziale, nella rappresentazione cartografica del globo

terrestre ancor oggi in uso, passi per Greenwich non è né puramente neutrale-obiettivo né puramente casuale, bensì è il risultato di una « concorrenza » nella scelta tra diversi meridiani iniziali. I Francesi, che per oltre due secoli hanno combattuto con l'Inghilterra una lotta per il dominio dei mari e del mondo, fin dal secolo XVIII consideravano meridiano iniziale quello dell'osservatorio astronomico di Parigi. Smisero la loro resistenza contro il meridiano di Greenwich solo nel XX secolo. L'annuario astronomico berlinese è passato al meridiano di Greenwich solo nel 1916. Non è dunque per una eccessiva politicizzazione di questo problema all'apparenza puramente geografico e matematico, se noi scorgiamo nella validità universale attribuita al meridiano di Greenwich un sintomo del dominio inglese del tempo sui mari e sul mondo.

Non appena furono prodotte le prime carte e i primi globi, nei quali albeggiava la rappresentazione scientifica della forma reale del nostro pianeta e del nuovo mondo situato a occidente, vennero tracciate pure le prime linee globali di divisione e di ripartizione della terra. La prima in senso assoluto fu la celebre linea stabilita nell'editto di papa Alessandro VI *Inter caetera divinae,* del 4 maggio 1493, dunque pochi mesi dopo la scoperta dell'America.[1] Essa andava dal Polo Nord al Polo Sud, cento miglia a ovest del meridiano delle Azzorre e di Capo Verde. Il criterio delle cento miglia si spiega giuridicamente per il fatto che Bartolo, Baldo e altri giuristi avevano fissato la zona delle acque territoriali in base a due giornate di viaggio. Anche qui si vede che la successiva contrapposizione di terraferma e mare aperto, decisiva per l'ordinamento spaziale del diritto internazionale dal 1713 al 1939, era ancora del tutto estranea a tali linee di divisione.

Alla linea globale voluta dal papa seguì immediatamente quella fissata nell'accordo di divisione ispano-portoghese di

Tordesillas, del 7 giugno 1494, leggermente spostata verso occidente e tracciata pressappoco al centro dell'Oceano Atlantico, 370 miglia a ovest di Capo Verde. Le due potenze cattoliche si erano accordate in modo da lasciare agli Spagnoli i nuovi territori scoperti a ovest della linea, e ai Portoghesi quelli a est. Tale accordo fu definito « partición del mar océano » e ratificato da papa Giulio II. Sull'altra metà del globo si arrivò a fissare quale linea di confine la linea delle Molucche. Nel trattato di Saragozza (1526) venne infine tracciata una *raya* attraverso l'Oceano Pacifico, la quale passava in un primo tempo, in corrispondenza con l'attuale 135° meridiano, attraverso la Siberia orientale, il Giappone e l'Australia. Queste prime linee globali di divisione sono ben note a tutti gli storici, in particolare, naturalmente, agli storici spagnoli e portoghesi; esse sono state però discusse con crescente interesse anche nel campo della dottrina del diritto internazionale degli ultimi anni.[2] Anche le cosiddette linee di amicizia introdotte con il trattato franco-spagnolo di Cateau-Cambrésis (1559), delle quali avremo modo di trattare più avanti, sono nuovamente diventate da qualche tempo oggetto di particolare attenzione da parte della scienza del diritto internazionale, dopo che la loro importanza per la storia coloniale é stata chiarita dalle opere di F.G. Davenport (dal 1917 al 1934) e di Adolf Rein (dal 1925).[3]

Il pensiero per linee globali ha un suo sviluppo e una sua storia. Gli esempi più importanti delle sue numerose manifestazioni devono ora essere discussi più da vicino nella prospettiva dell'ordinamento spaziale del diritto internazionale. Essi formano una successione coerente e unitaria, che va dalla scoperta dell'America nel 1492 fino alle dichiarazioni americane della seconda guerra mondiale. Tuttavia, nel considerare la chiara coerenza di questa successione, sarebbe fuorviarne non tenere conto del fatto che le linee e i vari stadi del

pensiero per linee globali si muovono a loro volta nel quadro di differenti ordinamenti spaziali, e che possiedono dunque anche un significato di diritto internazionale del tutto differente. Il concetto di linea globale non poggia né da un punto di vista teorico-scientifico, né da un punto di vista politico-pratico, sulle medesime premesse e rappresentazioni di diritto internazionale. La diversità non riguarda soltanto l'aspetto geografico della delimitazione e del tracciato dei meridiani, ma anche il contenuto delle rappresentazioni politiche dello spazio che sono presupposte, quindi la struttura concettuale dell'idea di linea e lo stesso ordinamento spaziale in essa contenuto. Il nostro compito consisterà pertanto in primo luogo nel distinguere esattamente le diverse specie e nell'elaborare i singoli tipi di linea globale nella loro particolarità storica.

1. La prima distinzione diventa visibile con il grande mutamento storico che portò dalle linee di divisione ispano-portoghesi, le *rayas,* alle linee d'amicizia franco-inglesi, le *amity lines.* Un universo intero — si può ben dire - separa il tipo storico della *raya* da quello della *amity line* inglese. Nel caso della *raya* infatti, due principi che riconoscono la medesima autorità spirituale anche dal punto di vista del diritto internazionale si accordano al fine di acquisire territori appartenenti a principi e popoli di altra confessione. Anche se la linea viene posta mediante una convenzione contrattuale, restano tuttavia ancor sempre stabili sullo sfondo l'autorità di un *ordo* comune, e quella di un arbitrato comune, che — quale istanza di diritto internazionale — distingue il territorio di principi e popoli non cristiani da quello cristiano. Anche se il papa non assegnava in quel tempo il possesso di terre, ma soltanto territori di missione,[4] ciò costituiva pur sempre anche l'espressione di un ordinamento spaziale che distingueva tra aree di potere appartenenti a principi e popoli cristiani e aree

appartenenti a principi non cristiani. Nella prassi le zone di missione non potevano essere separate da quelle destinate alla navigazione e al commercio. La *raya* presupponeva dunque che i principi e i popoli cristiani avessero il diritto di essere investiti dal papa di un incarico di missione, in forza del quale potevano evangelizzare i territori non cristiani e, nel proseguimento della missione, occuparli. Anche l'analisi impostata in maniera straordinariamente obiettiva da Vitoria nelle sue *Relectiones de Indis* del 1539 (ne tratteremo nel prossimo capitolo) giunge alla conclusione che gli Spagnoli conducevano una guerra giusta e che potevano pertanto annettersi i territori indiani se gli indigeni si opponevano al libero *commercium* (che non è solo « commercio ») e alla libera missione del cristianesimo.

Ma la stessa linea globale della *raya* non consiste generalmente in una delimitazione tra territori cristiani e non cristiani; essa è piuttosto solo una delimitazione, che resta interna al quadro di quell'ordinamento spaziale, tra due principi cristiani conquistatori. La *raya* si fonda dunque su un accordo di diritto internazionale concernente la conquista territoriale, dove non si distingue ancora tra occupazione di mare e occupazione di terra. I principi e i popoli cristiani conquistatori, che rimasero ancora all'interno dell'ordinamento spaziale della *respublica christiana* medioevale, avevano nella propria fede cristiana un fondamento comune, e nel capo supremo della Chiesa, il pontefice romano, un'autorità comune. Pertanto, nel trattato di divisione e di ripartizione che seguiva a una conquista territoriale, si riconoscevano reciprocamente quali parti contraenti dotate di egual valore.

2. Il modello storico delle cosiddette *linee d'amicizia* si riferisce anch'esso alla conquista europea delle terre e dei mari del nuovo mondo. Si fonda tuttavia su premesse completamente

diverse. Le linee d'amicizia qui considerate compaiono per la prima volta in una clausola segreta — convenuta dapprima solo verbalmente - del trattato ispano-francese di Cateau-Cam-brésis (1559).[5] Esse appartengono dunque essenzialmente all'epoca delle guerre di religione tra le potenze marittime conquistatrici cattoliche e protestanti. Durante il secolo XVII divengono una componente importante del diritto internazionale europeo, anche se i giuristi del tempo non sanno molto che farne e le trattano solo occasionalmente in relazione al problema dell'« armistizio ».[6] Ma esse furono riconosciute espressamente in numerosi importanti trattati, conclusi da potenze conquistatrici europee.[7] Anche nel caso in cui si rinuncia a esse e (come ad esempio nel trattato anglo-spagnolo del 15 novembre 1630) si conviene che anche le prede catturate oltre l'Equatore debbono essere restituite,[8] continua tuttavia a valere in quest'epoca il principio che i trattati, la pace e l'amicizia si riferivano solo all'Europa, vale a dire al vecchio mondo, al territorio al di qua della linea. Gli stessi Spagnoli ebbero talora occasione di sostenere che trattati validi altrove non avevano validità nelle « Indie», poiché queste erano un « nuovo mondo » .[9] Che del resto la linea aprisse, specie ai *privateers* inglesi, un campo libero per incursioni predatorie, è un fatto comprensibile e universalmente noto. In modo specifico, il governo francese aveva tutte le ragioni di richiamarsi alla « linea » nella sua condotta, puramente politica, durante le guerre di religione del secolo XVII. Che infatti il re di Francia, cattolico e cristianissimo, si fosse alleato con pericolosi eretici e pirati selvaggi, filibustieri e bucanieri, contro il re cattolico di Spagna, mettendo a ferro e fuoco assieme a tali alleati città spagnole in America, si poteva spiegare soltanto tenendo presente che le scorrerie di simili pirati erano avvenimenti « al di là della linea ».[10]

Geograficamente queste linee d'amicizia passavano: a sud per l'Equatore o per il Tropico del Cancro; a ovest nell'Oceano Atlantico, a un grado di longitudine passando per le isole Canarie o per le Azzorre; oppure per il congiungimento delle due linee. Il problema cartografico dell'esatta determinazione delle linee era molto importante particolarmente a ovest, e condusse alla formulazione di regole ufficiali. Così il cardinale Richelieu rese pubblica una dichiarazione del re di Francia del 1° luglio 1634, con la quale si proibiva alle navi francesi di attaccare quelle spagnole e portoghesi al di qua del Tropico del Cancro, mentre al di là di questo l'attacco era consentito fino a che Spagnoli e Portoghesi avessero continuato a interdire il libero accesso ai territori e ai mari indiani e americani di loro dominio. Si vietava inoltre a tutti i piloti, agli idrografi, ai cartografi e ai costruttori di globi, di modificare in qualsiasi modo la disposizione dei vecchi meridiani, ovvero di tracciare un meridiano occidentale diverso dall'antico meridiano zero tolemaico, che passava per l'isola Ferro delle Canarie. Si vietava infine espressamente di spostare, quale che fosse il pretesto, il meridiano occidentale oltre le Azzorre.[11]

Con questa « linea » finiva l'Europa e cominciava il « nuovo mondo ». Qui cessava il diritto europeo, o perlomeno il vecchio « diritto pubblico europeo ». Qui aveva fine dunque anche la limitazione della guerra operata dal diritto internazionale fino ad allora vigente, così che la lotta per la conquista territoriale diventava sfrenata. Al di là della linea iniziava una zona « d'oltremare » dove, a causa della mancanza di ogni limitazione giuridica della guerra, valeva solo il diritto del più forte. La particolare caratteristica di queste linee d'amicizia consiste nel fatto che esse, del tutto diversa-mente dalla *raya,* definiscono l'esistenza di uno spazio bellico tra le potenze contraenti, artefici della conquista, e ciò proprio perché ad esse manca ogni altro presupposto e ogni altra auto-

rità comuni. In parte esse vivono ancora, è vero, del ricordo della comune unità cristiana dell'Europa. L'unico principio su cui i partner di tali relazioni sono praticamente d'accordo è quello della *libertà* dei nuovi spazi, che incominciano oltre la linea. Libertà vuol dire che la linea definisce un campo in cui si afferma il libero e spietato uso della violenza. Certo, si dà per scontato che solo principi e popoli cristiani europei hanno diritto a prendere parte alla conquista del nuovo mondo ed essere legittimi contraenti nei trattati, ma la comune denominazione cristiana dei principi e delle nazioni non può nascondere l'assenza di un'istanza arbitrale comune, concretamente legittimante, né di un principio di ripartizione diverso da quello costituito dal diritto del più forte e in fondo dell'occupazione effettiva. Da ciò sarebbe nata l'idea generale che tutto quanto accade « al di là della linea » rimane affatto al di fuori delle valutazioni giuridiche, morali e politiche riconosciute al di qua di essa. Questo significa un enorme *sgravio* della problematica intraeuropea, e in questo sgravio consiste il senso giuridico-internazionale della celebre e famigerata espressione *beyond the line.*

Se analizzate più da vicino dal punto di vista della scienza giuridica, le linee d'amicizia dei secoli XVI e XVII rivelano l'esistenza di una distinzione tra *due* tipi di spazio «libero», nei quali l'attività dei popoli europei si riversa continuamente: in primo luogo uno spazio incalcolabile di *terra* libera, il nuovo mondo, l'America, il paese della libertà, vale a dire della libera conquista da parte degli Europei, dove il « vecchio » diritto non vale. In secondo luogo il *mare* aperto, gli oceani scoperti da poco, considerati da Francesi, Olandesi e Inglesi come un ambito di libertà. La libertà dei mari è un problema di primaria importanza per l'ordinamento spaziale del diritto internazionale. Esso venne però travisato da giuristi di diritto romano, che erano del tutto prigionieri di una

tradizione di pensiero terranea, mediante concetti di natura civilistica, come quello di *res communis omnium, o* di « cosa di uso comune ». Anche alcuni giuristi inglesi di questo periodo, come Zouch e Selden, ragionano ancora in questo modo terraneo. In realtà, con il riferimento alla libertà dei mari del secolo XVI va in pezzi non già il diritto romano, ma qualcosa di completamente diverso, ovvero l'antico ed elementare fatto che il diritto e la pace vigono originariamente solo sulla terraferma. Ritorneremo più avanti su questa nuova libertà dei mari. Ma anche sulla terraferma del « nuovo mondo », sul suolo americano, non si dava per i popoli cristiani europei alcun diritto che vi fosse localizzato. Per loro esisteva soltanto quel po' di diritto che vi era stato portato e trasmesso dai conquistatori europei, sia mediante la loro missione cristiana, sia attraverso l'istituzione di una giurisdizione e di un'amministrazione ordinata in senso europeo. La struttura del diritto internazionale europeo che andava allora costituendosi poggia dunque su questo legame di due spazi «nuovi», ovvero non compresi dal tradizionale ordinamento della terraferma europea, e in questo senso « liberi ».

Un generale, spaventoso sconvolgimento di tutti i tradizionali princìpi, spirituali e morali, fu la conseguenza di tale delimitazione di spazi liberi, riconosciuta da governi cristiani. La catastrofe si manifesta in ogni nuova teoria e formulazione del XVII secolo, nella misura in cui essa è moderna, ossia rompe il quadro consolidato delle vecchie formule, tramandate dal mondo antico e dal Medioevo cristiano. Molte di queste nuove idee del XVII secolo sono oggi considerate astrattamente e vengono in quanto tali molto citate. Resta perlopiù disatteso e lasciato nella completa dimenticanza il nesso storico che le lega al problema, sorto nello stesso secolo, degli spazi « liberi » e della delimitazione di una zona bel-

lica. Occorre pertanto richiamare alcuni esempi, con le dovute correzioni.

In primo luogo deve essere ricordata la celebre frase di Pascal: « un meridiano decide della verità ».[12] Non si può attribuire a questa espressione di dolore e di meraviglia un generico significato scettico e relativistico, che considera soltanto il dato di fatto delle molte varianti del diritto positivo nei vari paesi e nelle varie epoche. Non di simili banalità si tratta, bensì del fatto -sconvolgente per un uomo di pensiero come Pascal -che principi e popoli cristiani si fossero trovati d'accordo nel considerare come non esistente, per determinati spazi, la distinzione tra diritto e torto. Il meridiano di Pascal non è in realtà altro che il meridiano delle linee d'amicizia della sua epoca, che ha effettivamente aperto un abisso tra la libertà, ovvero l'assenza del diritto tipica dello stato di natura, e l'ambito di uno stato « civile » ordinato.

Un secondo esempio delle conseguenze prodotte da tali linee d'amicizia è quello dato dalla dottrina dello stato di natura nella costruzione dello Stato di Thomas Hobbes. Per Hobbes lo stato di natura è un regno di lupi mannari. L'uomo è qui un lupo per l'altro uomo, non diversamente da come « al di là della linea » l'uomo diventa per l'altro uomo un animale selvatico. L'espressione *homo homini lupus* ha una lunga storia, che qui - con la conquista territoriale di un nuovo mondo -si fa improvvisamente acuta e virulenta. Francisco de Vitoria, come vedremo, si è espressamente pronunciato, nelle sue lezioni *De Indis* (1539), contro l'antica formula *homo homini lupus,* risalente a Plauto e a Ovidio, contrapponendole quella di *homo homini homo.* Egli afferma: « non enim homo homini lupus est, ut ait Ovidius, sed homo ». Il monaco spagnolo rifiutava non solo l'*homo homini lupus,* ma anche l'espressione opposta (risalente a Plinio, *Hist. Nat.,* II, 7) *homo homini Deus.* Quest'ultima, citata in seguito da Bacone e da Hobbes e infi-

ne usata anche da L. Feuerbach *(Das Wesen des Christentums,* 1841, p. 402), sarà poi liquidata, verso la metà del secolo XIX, da un contemporaneo di Karl Marx: Max Stirner *(Ber Einzige und sein Eigentum,* 1845). Ma nei secoli XVI e XVII la frase *homo homini lupus* acquistò un significato concreto grazie alle linee d'amicizia. Ora, essa venne infatti « collocata » spazialmente, vale a dire acquisì uno spazio di aperta e manifesta validità riconosciuto dai governi cristiani europei. L'*homo homini lupus* di Thomas Hobbes era la risposta del secolo XVII — la quale prorompeva dalla scoperta di un nuovo spazio della libertà - al rifiuto da parte di Vitoria di questa formula pagana. Hobbes si trova qui chiaramente non solo sotto l'influsso delle guerre civili di religione in Europa, ma anche sotto l'influsso della realtà di un nuovo mondo. Egli parla di « stato di natura», ma non nel senso di un'utopia priva di dimensione spaziale. Lo stato di natura di Hobbes è sì una *terra di nessuno,* ma non per questo un *non-luogo.* Esso è localizzabile, e Hobbes lo localizza, tra l'altro, anche nel nuovo mondo. Nel *Leviatano* gli « Americani » vengono presi espressamente ad esempio per illustrare il carattere di lupo che è proprio degli uomini nello stato di natura, mentre nel *Behemoth* sono menzionate le atrocità di cui i cattolici spagnoli si resero colpevoli nel regno degli Incas. Certo, in altri passi l'elaborazione concettuale hobbesiana, specialmente nell'ultimo stadio del suo sviluppo speculativo, si lascia alle spalle il riferimento all'esperienza temporale e spaziale concreta. Lo stato di natura sarà allora trattato sempre meno come una realtà storica concreta e sempre più come una costruzione di pensiero solo ipotetica. Ma ciò non cancella in alcun modo il nesso storico, per noi assai importante, con il fatto delle linee d'amicizia.[13]

Infine, quale terzo esempio delle conseguenze prodotte da tali linee d'amicizia va ricordata una singolare affermazione

di John Locke, il grande avversario di Hobbes. Anche in Locke le rappresentazioni dello « stato di natura » sono legate, nella prospettiva storica del tempo, a quelle del «nuovo mondo». Solo che questo stato di natura è già divenuto uno stato sociale *[Sozial-Zustand]* assolutamente sopportabile, ben diverso dall'antico *beyond the line.* Non si deve dimenticare che l'opera di Locke è già prossima all'epoca dei trattati di pace di Nimega e di Utrecht (1713), ovvero alla fine dell'epoca eroica della pirateria. D'altra parte, ai fini di una valutazione storica della dottrina lockiana dello stato di natura e della sua costruzione della società, si deve tenere presente pure la singolare affermazione — che chiarisce al meglio la situazione storico-spaziale in cui Locke si trovava realmente a pensare: in principio tutto il mondo era America, « in the beginning all the world was America».[14] Questa affermazione, fatta da un preteso razionalista, si situa agli inizi del XVIII secolo. Avremo modo di ritornare in seguito sull'inattesa trasformazione di significato che si produsse verso la fine di questo secolo. Tale trasformazione concerne tanto l'idea dello stato di natura quanto la sua localizzazione in America, nel nuovo mondo.

Il significato delle linee d'amicizia del XVI e XVII secolo per il diritto internazionale stava nel fatto che grandi spazi di libertà furono allora delimitati quali zone belliche in cui poteva avere luogo la lotta per la spartizione del nuovo mondo. La giustificazione pratica che si poteva addurre era che attraverso la delimitazione di una libera zona di lotta veniva sgravato il campo al di qua della linea, ovvero il campo del diritto pubblico europeo. Esso diventava una sfera della pace e dell'ordine e non era più posto in pericolo in modo troppo diretto dagli avvenimenti che si svolgevano al di là della linea, come sarebbe invece successo in mancanza di una tale delimitazione. La delimitazione di una zona di lotta extraeu-

ropea servì insomma a limitare la guerra europea. Questo è il suo senso e la sua giustificazione sul piano del diritto internazionale.

Del resto, in una prospettiva storico-giuridica si può ben dire che l'idea della delimitazione di uno spazio d'azione liberato da ostacoli giuridici, di una sfera — esclusa dal diritto - in cui possa darsi l'uso della forza, corrisponde a un modo di pensare certamente molto antico, che però è rimasto fino alle epoche più recenti tipicamente inglese, mentre è divenuto sempre più estraneo al pensiero giuridico e legalista statale delle nazioni europee continentali. Il diritto inglese ha conservato fino a oggi il senso della particolarità dei diversi status territoriali, e comunque più di quanto non l'abbia fatto il pensiero giuridico continentale, che nel secolo XIX concepiva ormai un solo status territoriale: quello del territorio statale. La varietà del possesso coloniale, le distinzioni tra *dominions* e *non-dominions,* mantenevano vivo invece il senso di specifici ordinamenti spaziali e della diversità degli status territoriali. Il diritto inglese ha anche operato una chiara distinzione tra l'ambito territoriale della madrepatria, quale ambito spaziale di validità del *common law,* e gli altri ambiti spaziali, e ha considerato il *common law* come *law of the land, lex terrae.*

Il potere del re valeva in modo assoluto sui mari e sulle colonie, mentre era sottoposto nella propria terra al *common law* e ai limiti cetuali o parlamentari imposti dal diritto inglese. La prima lotta dell'opposizione parlamentare contro il re Giacomo I riguardò proprio la questione se il re potesse o meno estendere il suo dominio sui mari, per pretendere dazi a piacimento senza bisogno del consenso parlamentare. Intorno al 1650 Arthur Duck sosteneva ancora che sul mare non valeva il diritto territoriale, bensì il diritto romano.[15] Questa limitazione del diritto alla terra e al suo suolo appartiene a un'antica tradizione storico-giuridica, che è stata defi-

nita con un termine sociologico quale « doppia morale ».[16] A mio parere, si tratta qui soltanto dell'antichissimo detto: « Ogni diritto è tale solo nel retto luogo » [« Alles Recht ist Recht nur am rechten Ort »]. Pertanto, è storicamente più esatto tenere sott'occhio il nesso tra ordinamento e localizzazione e il radicamento nello spazio che è proprio di ogni diritto. Solo così si potrà comprendere meglio l'idea dell'*amity line* e di uno spazio delimitato, libero, ovvero giuridicamente vuoto, in chiara contrapposizione a un diritto antico, vale a dire collocato in un «vecchio mondo ».

Anche la costruzione teorica inglese dello stato d'eccezione, il cosiddetto *martial law,* si basa in maniera evidentemente analoga sull'idea di uno spazio delimitato, libero e vuoto. Mentre in Francia lo stato d'eccezione divenne, nel corso del secolo XIX, un'istituzione giuridicamente regolata nella forma dello stato d'assedio, il *martial law* del diritto inglese, al contrario, rimase un ambito, temporale e spaziale, di sospensione di ogni diritto. Esso era però delimitato rispetto al normale ordinamento giuridico: *nel tempo,* all'inizio della proclamazione del diritto di guerra e, alla fine, da un atto di corresponsione di indennità; *nello spazio,* dall'esatta indicazione del suo ambito di validità. All'interno di questa sfera, spaziale e temporale, poteva accadere tutto ciò che fosse stato ritenuto di fatto necessario secondo le circostanze.[17] Per indicare questa situazione v'era un simbolo evidente e antico, al quale fa riferimento anche Montesquieu: la statua della libertà o quella della giustizia veniva velata per un determinato periodo di tempo.

In modo diverso, anche i concetti di mare libero, libero commercio e libera economia, con l'idea di uno spazio d'azione libero in quanto aperto alla libera concorrenza e alla libera preda, stanno a loro volta in una relazione storica e strutturale con tali concetti spaziali.[18] Gli spazi « liberi » che

così sorgevano potevano apparire in buona luce quali ambiti in cui misurare le forze agonali in gioco, ma anche divenire un luogo di caos desolato e di reciproco annientamento. E' questione di diverse valutazioni teoriche e di libero gioco delle forze. Nella filosofia dello Stato di Hegel lo Stato si presenta come regno dell'eticità e della ragione oggettiva, elevandosi *al di sopra* della società civile non statale che, sia in Hegel che in Marx, appare quale regno di belve, dominato da un egoismo spietato, e in questo senso « libero ». A questo proposito si deve notare che nelle lezioni hegeliane sulla filosofia della storia proprio l'America veniva indicata in senso specifico quale spazio della società civile ancora priva di Stato. Tutto ciò, dal punto di vista della storia delle idee, è una conseguenza della contrapposizione - che si era andata imponendo nel XVI secolo — tra l'ambito della libertà agonale e della libera società civile e quello dello Stato in quanto regno della ragione oggettiva. E' del resto anche un esempio delle numerose variazioni in cui la distinzione hobbesiana tra stato di natura e stato civile continuò a vivere, e che nel corso del secolo XIX sarebbero state di grande importanza pratica per il rapporto tra politica ed economia in quanto spazi tra loro diversi.

3. La terza e ultima linea globale è quella dell'*emisfero occidentale*. Questa linea produce nel diritto internazionale il primo contraccolpo del nuovo mondo sul vecchio mondo. Al momento del suo sorgere essa sta però ancora in un rapporto di connessione storica e dialettica con le linee precedenti. Le linee di ripartizione ispano-portoghesi e le linee d'amicizia inglesi si riferiscono, come abbiamo già detto, alla conquista da parte europea delle terre e dei mari del nuovo mondo. Sono suddivisioni dello spazio, e ordinano essenzialmente le relazioni tra le potenze europee conquistatrici. La *raya* romani-

ca possedeva un senso distributivo; nel trattato di Tordesillas (1494) era appunto detta «linea de la partición del mar». La *amity line* inglese aveva invece un carattere agonale: la delimitazione di un campo di lotta spietata era, come si è detto, la logica conseguenza del fatto che tra le potenze conquistatrici mancava tanto un principio riconosciuto di ripartizione, quanto un'istanza arbitrale comune di divisione e di assegnazione. Fino a che sussistette tra i conquistatori europei un residuo di comunanza spirituale, il concetto di « scoperta » potè ancora essere capito. Ma alla fine, nel XIX secolo, fu l'occupazione effettiva *[effektive Okkupation*], vale a dire lo *status quo* del possesso statualmente consolidato, a divenire l'unico titolo per l'acquisizione. Fino ad allora erano stati la scoperta e il concetto, distorto dal diritto civile romano, di « occupazione » gli unici titoli giuridici per la conquista di territori liberi. Ciò implicava due conseguenze: la prima, che si doveva, se necessario, combattere a lungo prima di vedere la conquista territoriale realmente e stabilmente accettata e riconosciuta in ogni forma dai concorrenti; la seconda, che la guerra era valutata giuridicamente in ragione del suo risultato, divenendo pertanto essa il mezzo riconosciuto per operare un mutamento nello *status quo* del possesso vigente. Avendo come sfondo le linee globali, si pervenne a razionalizzare, umanizzare e legalizzare, in una parola a limitare, la guerra. Ciò accadde — come avremo modo di constatare più avanti, almeno per quanto riguarda la guerra terrestre e continentale del diritto internazionale intraeuropeo — mediante la riduzione della guerra a relazione militare tra Stato e Stato.

La terza e ultima linea globale, quella dell'*emisfero occidentale,* comparve solo in seguito al consolidamento dell'ordinamento spaziale degli Stati sul territorio europeo. Con essa il nuovo mondo si contrappose come entità autonoma all'ordinamento spaziale tramandato dal diritto internazionale euro-

peo ed eurocentrico, ponendolo in discussione fin dai suoi fondamenti. Nella storia dello spirito questo processo cominciò già nel secolo XVIII con la guerra d'indipendenza e con il trasferimento della teoria rousseauiana dello stato di natura nei paesi che andavano emancipandosi dall'Inghilterra e dall'Europa. Ma gli effetti pratici di questa linea globale dell'emisfero occidentale si fecero sentire solo nel secolo XIX, per svilupparsi poi liberamente e irresistibilmente nel XX. E' pertanto necessario discutere prima il processo di formazione dell'ordinamento spaziale tipico del diritto internazionale interstatale europeo e la limitazione della guerra da esso operata. Solo allora, soprattutto nella contrapposizione dei diversi concetti di guerra, potremo riconoscere la portata della linea dell'emisfero occidentale. E' a questa linea che è riuscito di scardinare l'ordinamento spaziale del mondo europeo e di introdurre nella storia universale un nuovo concetto di guerra.

Note

1 Le precedenti linee ispano-portoghesi non hanno ancora un carattere globale. Anche la linea di demarcazione portoghese del 1443, confermata dal papa nel 1455, non è ancora una linea globale; è piuttosto una « barriera marina » che riserva ai Portoghesi la navigazione al di là della linea (ovvero oltre Capo Bojador). Cfr. su questo punto il testo riportato in F.G. Davenport, *European Treatings Bearing on thè History of the United States and Its Dependencies,* vol. I, Washington, 1917, specialmente pp. 84-85 per il trattato di Tordesillas del 7 giugno 1494 e per l'accordo d'attuazione del 7 maggio 1495. Cfr. inoltre A. Rein, *Zur Geschichte der völkerrechtlichen Trennungslinie*

zwischen Amerika und Europa, in « Ibero-Amerikanisches Archiv », IV, 1930, p. 531, e E. Staedler, *Zur Vorgeschichte der Raja von 1493,* in « Zeitschrift für Völkerrecht », XXV, 1941, pp. 57 sgg. Così pure le concessioni pontificie agli Ordini di Cristo portoghesi (editto *Inter caetera* del 13 marzo 1456) non sono ancora globali nel senso che noi intendiamo, poiché giungono solo « usque ad Indos », ma considerano l'india ancora a oriente.

2 Cfr. da parte tedesca particolarmente i saggi di E. Staedler nella « Zeitschrift für Völkerrecht », oltre a quello citato nella nota precedente sulla *raya* del 1493, cfr. *Hugo Grotius über die Donatio Alexandri von 1493 und der Metellus-Bericht, ibid.,* pp. 257-58. Staedler insiste però eccessivamente sulla distinzione tra il diritto feudale medioevale e quella che egli chiama la « concezione internazionalistica moderna dei trattati », vedendo in ogni convenzione espressa in trattati già l'espressione di un pensiero giuridico-internazionale « moderno ». Ciò tuttavia non sminuisce il valore storico delle sue argomentazioni. Cfr., nella letteratura spagnola più recente, J. Manzano, *El decreto de la corona de Castilla sobre el descubrimiento y la conquista de las Indias de Ponente,* in « La Revista de Indias », III, 1942, pp. 397-98.

3. C. Schmitt, *Völkerrechtliche Großraumordnung,* 4ª ediz., 1942, p. 57 ; inoltre *Raum und Großraum im Völkerrecht,* in « Zeitschrift für Völkerrecht », XXIV, 1940, p. 155. Il trattato di Cateau-Cambrésis è riprodotto in F.G. Davenport, *op. cit.,* pp. 219 sgg.; su di esso cfr. l'eccellente lavoro di A. Rein, *Der Kampf Westeuropas um Nordamerika im 15. und 16. Jahrhundert,* Stuttgart-Gotha, 1925 (Allgemeine Staatengeschichte, 2, 3), che solo da poco la scienza internazionalistica ha preso a utilizzare. Sulla frase « Al di là dell'Equatore non vi è peccato »: *ibid.,* p. 292; sul significato dell'espansione nelle terre d'oltremare per il sistema degli Stati europei, cfr. « Historische Zei-

tschrift», 137, 1928, pp. 28 sgg.; sulla storia della linea di demarcazione tra l'America e l'Europa nel diritto internazionale, cfr. « Ibero-Amerikanisches Archiv », IV, 1930, pp. 530-43; inoltre U. Scheuner, *Zur Geschichte der Kolonialfrage im Völkerrecht,* in « Zeitschrift für Völkerrecht », XXII, 1938, p. 466; W. Grewe, *Die Epochen der modernen Völkerrechtsgeschichte,* in « Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft », 103, 1942, pp. 51-52.

4 E' quanto sottolinea Julius Goebel, *The Struggle for the Falkland Islands,* 1927, p. 84; vedi anche W. Grewe, *Die Epochen…,* cit., p. 51. Non bisogna però insistere eccessivamente su questa opposizione, perché altrimenti va perso il senso della concezione spaziale latente negli incarichi di missione pontifici. L'editto papale del 4 maggio 1493 parla comunque in primo luogo della diffusione della *fides catholica* e della *christiana lex,* nonché della conversione delle popolazioni barbariche, ma contiene anche cenni sulla *donatio* feudale dei possedimenti, rendendo gli eredi di Castiglia e di Leon « dominos cum piena et omnimoda potestate, auctoritate et jurisdictione ». Quanto facilmente in modo quasi ovvio la libertà di missione e il *liberum commercium* siano divenuti titoli giuridici del *bellum justum* e quindi del diritto all'occupazione e all'annessione, lo si comprende al meglio se si confrontano le tesi di partenza di Vitoria con i loro risultati pratici finali (cfr. *De Indis,* sect. III *De titulis legitimis, quibus barbari potuerint venire in ditionem Hispanorum,* specialmente pp. 7 sgg.). Nella *Septima conclusio* di Vitoria, nella presentazione del titolo giuridico della sottomissione dei barbari agli Spagnoli (poiché questi ultimi, dato il rifiuto che era stato loro opposto di accettare le libere missioni e il libero commercio, conducevano una guerra giusta), compare il diritto alla conquista territoriale. Su questo punto torneremo ancora nel prossimo capitolo.

5 Cfr. F.G. Davenport, documento 21, in *op. cit.,* pp. 219-20.

6 Così S. Pufendorf, nel suo *De jure naturae et gentium,* VIII, cap. vii: un armistizio è perlopiù generale, ma può anche essere limitato nello spazio. La questione delle « linee » nella scienza internazionalistica dei secoli XVII e XVIII non è stata ancora affrontata monograficamente.

7 Ad esempio nei negoziati anglo-spagnoli e nel trattato francospagnolo del 1604; cfr. Davenport, *op. cit.,* p. 248.

8 *Ibid.,* p. 306. Il cenno a questo trattato fatto nell'indice analitico di quest'opera può suscitare la falsa impressione che con esso le linee d'amicizia fossero venute a cessare. Cosa che naturalmente non avvenne.

9 *Ibid.,* p. 248 (nel 1604, in occasione del trattato anglo-spagnolo del 18-28 agosto).

10 Cfr. la lettera del re di Francia, in Moreau de Saint-Mercy, *Loix et constitutions des colonies françaises de l'Amérique sous le Vent,* vol. I (1550-1703), Paris, 1784, p. 179.

11 Ibid., pp. 25-27. La disposizione di Richelieu si basava sul parere di una commissione scientifica. Ciò è ben noto nella storia della geografia. Ma il nesso — assai importante sul piano politico e giuridico internazionale — con la questione delle linee d'amicizia è stato perlopiù ignorato dai geografi: cfr. H. Wagner, *Lehrbuch der Geographie,* 10ª ediz., voi. I, 1920, p. 65.

12 Così suona il passo per esteso: « Trois degrés d'élévation du póle renversent toute la jurisprudence. Un méridien décide de la vérité, ou peu d'années de possession. Les lois fondamentales changent. Le droit a ses époques. Plaisante justice qu'une rivière ou une montagne borne! Vérité en deçà des Pyrenées, erreur au delà ». (L'edizione Faugère pone tra

« possession » e « lois fondamentales » una virgola invece che un punto).

13 « Nonne hodie multis in locis ita vivitur? Americani … ita vivunt»: *Leviathan*, cap. xiii. Nel mio libro *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Hamburg, 1938 [trad. it. a cura di C. Galli, *Scritti su Thomas Hobbes*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 61-151], non avevo ancora considerato, nell'esposizione della dottrina hob-besiana dello stato di natura, il nesso storico con le linee d'amicizia, che è assai importante anche dal punto di vista storico-filosofico. Ancora Hegel riprende, per la sua costruzione teorica dello Stato, l'impostazione hobbesiana. Pertanto secondo Hegel l'America è il luogo della società civile senza Stato (cfr. l'esposizione ulteriore nel testo). Il migliore conoscitore di Hobbes, Tönnies, ha mostrato nel suo magistrale saggio *Hobbes und das Zoon Politikon* (« Zeitschrift für Völkerrecht », XII, 1923, pp. 471 sgg.) come Hobbes abbia sempre più « interiorizzato » la sua concezione dello stato di natura, man mano che questa si sviluppava. Ciò è esatto, ma non deve necessariamente dare luogo a sterili antitesi tra essere e pensare o alle distinzioni con l'aiuto delle quali gli epigoni neokantiani hanno svuotato la filosofia del diritto di ogni contenuto storico. Uno studioso come Tönnies era assai distante da tale atteggiamento epigonale. Lo stesso Hobbes deve essere compreso storicamente solo a partire dal proprio tempo, e ad esso appartengono le *linee* e i nuovi spazi infiniti di una *libertà* che era allora assai concreta. Con ciò non si esclude che Hobbes abbia pensato, inoltre, per il suo « stato di natura », all'anarchia delle condizioni feudali del Medioevo declinante. A questa connessione storica tra stato di natura e feudalesimo hanno giustamente fatto cenno Leo Strauss, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », 67, 1932, pp. 738-39, e Franz Borkenau, *Der Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Weltbild*, Paris, 1934, p.

458 [trad. it. di G. Bonacchi, a cura di G. Marramao, *La transizione dall'immagine feudale all'immagine borghese del mondo*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 449].

14 Civil Government, II, par. 49; su ciò cfr. la tesi di dottorato in filosofia del diritto del berlinese Emil Roos, già citata.

15 I condannati a morte dai tribunali dell'ammiragliato per omicidio, pirateria, o altri delitti non perdevano quindi il loro patrimonio, poiché il diritto romano — a differenza dalle leggi inglesi — non prevedeva questo effetto penale. Cfr. Ernest Nys, *Le droit romain, le droit des gens et le Collège des docteurs en droit civil*, Bruxelles, 1910, p. 65.

16 Così Michael Freund, nel suo del resto eccellente saggio *Zur Deutung der Utopie des Thomas Morus*, in « Historische Zeitschrift », 142, 1930, p. 255.

17 Sulla costruzione teorica inglese del *martial law* (in contrapposizione ai tentativi di normativizzazione e di istituzionalizzazione dello stato d'assedio propri dello Stato di diritto continentale) cfr. C. Schmitt, *Die Diktatur* (1921), 2ª ediz., 1925, p. 174 [trad. it. di B. Liverani, *La dittatura*, Laterza, Roma-Bari, 1975, pp. 182 sgg.]; C. Heck, *Der Ausnahmezustand in England*, in *Das Recht des Ausnahmezustandes im Auslande*, in « Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht », quaderno n. 9, 1929, pp. 192 sgg.

18 Cfr. « Zeitschrift für Völkerrecht », XXIV, 1940, pp. 164-65.

2. *La giustificazione della conquista territoriale di un nuovo mondo (Francisco de Vitoria)*

Lungo l'arco di quattro secoli, dal secolo XVI al XX, la struttura del diritto internazionale europeo è stata determinata da un avvenimento di importanza fonda-mentale: la conquista di un nuovo mondo. Naturalmente ebbero luogo, allora ma anche in seguito, numerose discussioni su evidenti questioni giuridiche e morali.[1] Vi sono pure numerose prese di posizione singole circa il diritto o il torto della conquista. Malgrado ciò si può affermare che il grande problema fondamentale, ovvero la questione della *legittimità della conquista europea nel suo complesso,* venne fatta raramente oggetto *ex professo,* in maniera sistematica, di analisi morale o giuridica. Esiste infatti propriamente una sola trattazione sistematica e in pari tempo monografica che consideri apertamente il problema dal punto di vista del diritto internazionale, che ponga cioè diretta-mente la questione di principio dei titoli giuridici delle grandi conquiste territoriali, rispondendovi nel pieno rispetto di tutte le regole del metodo scolastico. Questa trattazione risale al periodo iniziale stesso della conquista. Mi riferisco alle celebri lezioni di Francisco de Vitoria, le *Relectiones de Indis et de jure belli* del 1539, che - già grazie all'audacia intellettuale nel porre i problemi e alla perfezione nell'uso del metodo della Scolastica — influenzarono ogni discussione successiva

sull'argomento. Esse furono naturalmente anche molto fraintese e utilizzate nelle maniere più disparate.

Le tesi di Vitoria si inseriscono nel contesto di un dibattito scolastico-teologico e appartengono già alla tarda Scolastica spagnola. Finora manca un'esposizione complessiva di questa grande prestazione del pensiero europeo, che si estende fino all'epoca di Carlo V e di Filippo II. Come sostiene giustamente il teologo tedesco Karl Eschweiler, conoscitore della tarda Scolastica, una simile esposizione potrebbe « venire scritta solo in Spagna e solo da Spagnoli ».[2] In questa sede, dalla prospettiva attuale della scienza del diritto internazionale, discuterò la collocazione storico-giuridica di Vitoria e le utilizzazioni da parte della scienza giuridica delle sue più volte citate *Relectiones*, la cui interpretazione possiede una storia a sé stante.

1

La prima impressione che il lettore odierno riceve da queste lezioni è quella di una straordinaria imparzialità, obiettività e neutralità. L'argomentazione appare quindi non più medioevale, ma « moderna ». Essa procede attraverso la discussione, diversamente approfondita, ma sempre egualmente obiettiva, di sette *tituli non idonei nec legitimi* e di altrettanti *tituli legitimi*.[3] Tutti i titoli giuridici del papa e dell'imperatore, derivanti da una pretesa di dominio universale, vengono con molta spregiudicatezza rifiutati come inappropriati e illegittimi. Anche nel successivo procedere dell'argomentazione rimane questa impressione di completa obiettività e neutralità. In particolare, viene sempre sottolineato il fatto che gli indi-

geni dell'America sono sì barbari, ma pur sempre uomini al pari dei conquistatori europei. Sono uomini, e non bestie. Con ciò viene rigettato, pur senza alcun esplicito riferimento, un certo tipo di argomentazione a quel tempo esibito di frequente, soprattutto nelle varie giustificazioni della conquista addotte dallo storiografo di Carlo V e maestro di Filippo II, l'umanista Juan Gines Sepulveda (1490-1573), per il quale Las Casas era un *hombre enemigo* e un *sembrador de discordias.* Sepulveda presentava gli indigeni come selvaggi e barbari, così da privarli, richiamandosi ad Aristotele, di ogni diritto e da permettere che la loro terra fosse fatta oggetto di libera conquista. Già allora, subito agli inizi della conquista, si era sostenuto che gli « Indiani » erano idolatri, artefici di sacrifici umani, cannibali e criminali di ogni sorta. La frase del primo libro della *Politica* di Aristotele (I, ii, 13), nella quale le popolazioni barbare sono dette « schiave per natura», venne spesso citata e a Sepulveda viene addirittura rimproverata la frase: « Gli Spagnoli stanno al di sopra dei barbari come l'uomo al di sopra della scimmia».[4]

Disconoscere agli Indiani la qualità di uomini con simili motivazioni aveva la funzione pratica di procurare un titolo giuridico alla grande conquista e alla sotto-missione degli Indiani, che del resto anche Sepùlveda non intende nella forma della schiavitù (*esclavitud*), ma solo in quella del *servidumbre.*

Questo argomento aristotelico è inumano nel risultato, ma deriva da una determinata concezione dell'umanità: quella che attribuisce una più alta qualità umana ai conquistatori. Esso possiede un'interessante storia propria, che merita per un attimo la nostra particolare attenzione. Si è arrivati alla sua formulazione classica solo con il filosofo inglese Francesco Bacone, le cui tesi sono riprese da Barbeyrac nel suo commento al diritto naturale di Pufendorf. Bacone sostiene che gli Indiani sono, in quanto cannibali, « banditi dalla na-

tura stessa ». Essi stanno al di fuori dell'umanità, *hors l'humanité,* e sono privi di diritti. Non è affatto paradossale che tali argomenti inumani siano sostenuti proprio da pensatori umanisti e umanitari. L'idea di umanità ha infatti due facce ed è capace di una dialettica spesso sorprendente. Ricordiamo qui, in connessione con questo duplice aspetto dell'idea di umanità, che fu proprio lo stesso Bacone a contrapporre alla frase *homo homini lupus* la frase *homo homini Deus.* Per definire quest'altro aspetto dell'umanità, durante l'umanitaristico secolo XVIII tedesco si sarebbe verosimilmente usata la parola *Unmensch,* non-uomo, bruto. Con essa si accresceva la forza discriminatrice e di spaccatura propria dell'ideologia umanitaria. La spaccatura tra uomo e non-uomo aveva naturalmente un senso politico e poteva, non senza ragione, essere fatta risalire alla *Politica* di Aristotele. Essa era — in questa sua formulazione radicalizzata — non più cristiana, e si impose solo con la vittoria della filosofia dell'umanità assoluta del XVIII secolo. Soltanto con l'apparire dell'uomo inteso come umanità assoluta fa infatti la sua comparsa, quale rovescio del medesimo concetto, il suo nuovo nemico specifico, il *non-uomo.* Alla demarcazione fra il nonumano e l'umano seguì poi, nella storia dell'uomo del secolo XIX, una spaccatura ancora più profonda: quella tra *superuomo* e *sottouomo.* Come l'uomo aveva fatto con il non-uomo, così il superuomo, in forza di una necessità dialettica, fa comparire assieme a sé nella storia dell'umanità il sottouomo, suo gemello nemico.

All'epoca di Francisco de Vitoria l'argomento che gli Indiani erano solo dei cannibali e dei barbari era in pratica molto diffuso, e in taluni casi effettivamente nemmeno infondato, ma — nonostante Sepulveda — non era ancora stato caricato della forza di spaccatura inumano-umanitaria dei secoli successivi. Questo perché il secolo XVI era ancora troppo profondamente cristiano, tanto più per quanto riguarda

gli Spagnoli, con la loro devozione a Maria e il loro fervore per l'immagine della Vergine Immacolata e Madre di Dio. Nella generalità delle argomentazioni giuridiche dei secoli XVI e XVII la discriminazione inumano-umanitaria non compare affatto come argomento centrale, benché diventasse usuale la giustificazione della colonizzazione mediante il richiamo alla superiorità della civiltà europea. Discriminazioni fondate su argomen-tazioni biologiche erano praticamente del tutto estranee allo spirito dell'epoca. Tuttavia è interessante ricordare che Ugo Grozio nella sua dissertazione *De origine gentium Americanarum* (1642) aveva affermato che gli Indiani del Nordamerica erano di razza nordica e discendevano dagli Scandinavi. Ciò non li ha comunque protetti dallo sterminio.

Per il teologo cristiano è evidente che gli indigeni sono uomini e che possiedono un'anima immortale. « Gentes licet barbarae tamen humanae », dice già sant'Agostino *(De civitate Dei*, I, 14). La formula sopra citata *homo homini lupus* e la frase di Aristotele che alcuni popoli sono « schiavi per natura » vengono rifiutate da Vitoria come pagane. A entrambe egli contrappone esplicitamente il suo *homo homini homo*.[5] Questo triplice *homo* suona piuttosto tautologico e neutralizzante; suona già in senso erasmiano, ma è ancora inteso cristianamente. Ora, non è in sé sorprendente che Vitoria parta da una verità cristiana e sottolinei che gli Indiani non cristiani non potevano essere privati dei loro diritti a favore degli Europei cristiani. Ma la qualità universale dell'essere uomini non richiede di per sé ancora il livellamento delle differenze sociali, giuridiche e politiche prodottesi nel corso della storia dell'umanità. Che popoli barbari abbiano bisogno di guida, lo riconosce anche Vitoria. La guerra contro i non cristiani è per lui qualcosa d'altro dalla guerra tra cristiani. Tutti i teologi cristiani sapevano che anche gli infedeli, i Saraceni e gli

Ebrei sono uomini, e tuttavia il diritto internazionale della *respublica christiana,* con le sue profonde distinzioni tra i vari tipi di nemico e perciò anche di guerra, si fondava su profonde distinzioni tra gli uomini e sulla grande diversità del loro status.

Indubbiamente Vitoria, rifiutando il parere discorde di altri teologi, pone da un punto di vista giuridico (perlomeno nella prospettiva del diritto internazionale) i cristiani e i non cristiani sullo stesso piano. Né il papa, che ha potere solo in campo spirituale, né l'imperatore, che non è affatto signore del mondo, né un qualsiasi principe cristiano possono disporre dei popoli non cristiani e del loro territorio. I principi di quei paesi barbari e non cristiani possiedono egualmente un'autorità (*jurisdictio*), e gli indigeni hanno altrettanto diritto alla proprietà sul loro territorio (*dominium*) di quanto ne hanno i principi e i popoli dei paesi cristiani sul proprio. Questa convinzione si impose generalmente tra gli autori, spagnoli e non, del XVI secolo. Il fatto che gli Spagnoli si riconoscessero nel cristianesimo non conferiva dunque loro alcun diritto immediato alla conquista del territorio di principi e popoli non cristiani. Il diritto alla conquista territoriale nasce, secondo Vitoria, solo in forma mediata: per la precisione nel corso dell'argomentazione sulla guerra giusta.

Come abbiamo già osservato, la non discriminazione dei non cristiani in un teologo morale cristiano non è affatto sorprendente. Ma nel caso di Vitoria si tratta di questioni politiche di grande portata, allora attuali, relative alla conquista territoriale di un nuovo mondo. Dunque le sue conclusioni teoriche, per quanto si mantenessero nell'ambito dell'argomentazione ed evitassero di arrivare a una qualsiasi risoluzione pratica, potevano ben creare stupore ed essere fraintese, particolarmente se venivano estrapolate dalla situazione concreta e dall'unità speculativa di un'argomentazione accurata-

mente ponderata per essere astrattamente generalizzate in princìpi di diritto internazionale, nello stile del pensiero moderno, del tutto secolarizzato e neutralizzato. L'obiettività e la neutralità, in apparenza illimitate, di Vitoria — basate sulle sue ampie generalizzazioni — dovettero in seguito richiamare conseguentemente, e perfino raccomandare, generalizzazioni ancora più ampie. Vorremmo illustrare il carattere neutralizzante dell'argomentazione di Vitoria con un esempio che ci mostra nella maniera più chiara il suo carattere astratto. L'esempio è dato dalla trattazione della questione se la scoperta sia in quanto tale un titolo giuridico per l'acquisizione della terra scoperta stessa.

Per la coscienza dei secoli XVI-XVIII la *scoperta* costituiva senz'altro il vero titolo giuridico. Per Vitoria invece essa non è un titolo legittimo di acquisizione, neppure se intesa come scoperta di un nuovo mondo. Essa non fonda per lui evidentemente nessuna particolare aspettativa per l'acquisizione, nessun principio di titolo giuridico — quindi neppure quello che nel diritto internazionale dei secoli XIX e XX sarebbe stato definito un *inchoate title*.[6] Un avvenimento come la scoperta dell'America, che noi oggi consideriamo di immensa portata storica, non ha evidentemente prodotto su Vitoria, che era suo contemporaneo, alcuna grande impressione, se non altro sotto il profilo morale. Vitoria non parla neppure della devozione degli artefici spagnoli della scoperta e della conquista, che vedevano nell'immagine di Maria, Vergine Immacolata e Madre di Dio, il simbolo sacrale delle loro gesta storiche. L'obiettività astorica dello Scolastico arriva a tal punto, che egli ignora completamente non solo questa immagine cristiano-mariana, ma anche il concetto umanitario — così denso di significato storico secondo la concezione moderna — di « scoperta ». Il nuovo mondo è per lui, dal punto di vista morale, niente affatto nuovo, e i problemi morali da

esso implicati vengono risolti facendo ricorso ai concetti e ai criteri immutati del suo sistema di pensiero scolastico. Nella realtà storica lo sviluppo successivo della lotta per l'America fu determinato dalle linee globali, in particolare dalle linee d'amicizia, le *amity lines.* Ma il riconoscimento o addirittura l'accordo riguardo a tali linee, al di là delle quali la distinzione tra diritto e torto cessa, Vitoria li avrebbe certo ritenuti come un peccato e un crimine orribili.

Anche le profonde differenziazioni interne del concetto di «nemico», le conseguenti distinzioni elementari tra guerra regolata e non regolata, le limitazioni specifiche della guerra sorte all'interno dell'ordinamento spaziale del diritto internazionale e così forti nel diritto internazionale del Medioevo cristiano — tutte queste differenti realtà sembrano scomparire in Vitoria nell'affermazione dell'universale eguaglianza tra gli uomini. Gli Spagnoli sono e restano i « simili » dei barbari. Permane dunque anche in questo caso l'obbligo cristiano di amare il prossimo; giacché ogni uomo è nostro « prossimo». Da ciò segue, in concreto, moralmente e giuridicamente, che tutti i diritti degli Spagnoli nei confronti dei barbari valgono anche inversamente, sono reversibili negli *jura contraria,* in quanto diritti dei barbari nei confronti degli Spagnoli, in assoluta reciprocità e reversibilità. Se cristiani e non cristiani, Europei e non Europei, civilizzati e barbari hanno gli stessi diritti, tutti i concetti devono diventare reversibili. Di conseguenza, per quanto riguarda il titolo giuridico della scoperta e dell'occupazione, è detto in Vitoria che un simile titolo (cioè la *occupatio bonorum nullius)* non è più utile agli Spagnoli di quanto lo sarebbe stato agli Indiani se fossero stati loro a scoprire noi: « non plus quam si illi invenissent nos ».[7]

Ciò, benché fosse stato affermato in riferimento esclusivo al titolo giuridico dell *'occupatio,* suona per noi oggi come una radicalizzazione già troppo astratta-mente neutrale, indiffe-

rente e quindi anche astorica. In un altro passo si sostiene che, come gli Spagnoli non avevano il diritto di escludere i Francesi dal commercio e dai rapporti giuridici di scambio, così neppure dovevano averlo i barbari nei confronti degli Spagnoli.[8] Da tutto ciò sembra discendere che l'Europa non rappresenta più per Vitoria il centro determinante della terra, e che egli non riconosce più l'ordinamento spaziale della *respublica christiana* medioevale con la sua distinzione tra il territorio dei popoli cristiani e quello dei popoli pagani o infedeli. Si comprenderà ancor oggi che uno possa indignarsi della spietatezza di Pizarro e possa scrivere - come Vitoria fece in una sua lettera, riferendosi chiaramente a Sepùlveda - che « gli Indiani sono uomini e non scimmie ». Ma che cosa diranno i sostenitori della civiltà moderna del fatto che Vitoria non ha assolutamente mai parlato del diritto di una civiltà o di una cultura superiore? Che non ha mai fatto cenno al diritto dei civilizzati a dominare sui semicivilizzati o sui non civilizzati? Che non ha neppure mai parlato di «civiltà» — concetto che occupa invece, dal secolo XVIII al XX, un'intera epoca del diritto internazionale europeo?

Si vede qui il contrasto profondo che separa una mentalità storica, quale in particolare l'umanitaria filosofia della storia del secolo XIX, e l'argomentazione astorica dello Scolastico. Nelle lezioni di filosofia della storia di Hegel si trova l'affermazione che la cultura dei Messicani e dei Peruviani « dovette tramontare non appena lo spirito si avvicinò ad essa». E' questa una affermazione in cui si manifesta l'altera autocoscienza della filosofia della storia idealistica. Ma anche uno storico del secolo XIX così critico e pessimista come Jacob Burckhardt rammenta il — come egli si esprime — « diritto sovrano della civiltà, ammesso comunque dai più, alla conquista e all'asservimento dei barbari ». Vitoria si comporta in modo del tutto diverso. Neppure la comparsa di un nuovo

continente e di un nuovo mondo lo induce mai ad argomentazioni storiche di sorta - fossero queste basate su una visione cristiana della storia o invece sulle idee di una filosofia della storia umanitario-civilizzatrice. La mancanza di ogni visione della storia in un momento storico di così grande importanza doveva condurre alla soppressione e allo sradicamento della concezione del mondo e della storia, fino ad allora eurocentrica, tipica della *respublica christiana* medioevale.

2

Sarebbe nondimeno un grave travisamento del pensiero di Vitoria credere che egli abbia condannato la grande conquista spagnola, ritenendola un torto. E' questo un errore certamente molto diffuso. In taluni autori più antichi il travisamento è dovuto ad ostilità politica nei confronti della Spagna; oggi può essere attribuito soltanto a superficialità. T. Andrés Marcos, della facoltà giuridica di Salamanca, ha il gran merito di avere ripetutamente dimostrato come sta la realtà dei fatti, a fronte di un'interpretazione diffusa e acriticamente seguita.[9] L'odierno travisamento ha la sua causa principale nella fede moderna nel progresso e nella civilizzazione. In seguito alla dissoluzione della visione cristiana della storia da parte dell'illuminismo del secolo XVIII, questa fede è divenuta talmente ovvia che molti non riescono più a concepire, anzi nemmeno più a osservare, la distanza di Vitoria da concetti come quelli di progresso o civilizzazione. Ulteriori difficoltà sorgono dal fatto che Vitoria esamina titoli giuridici e argomentazioni soltanto in quanto tali, senza però applicarli alla situazione concreta e quindi decidere di conseguenza. Se un ascoltatore o un lettore superficiale sente oggi che deter-

minati titoli giuridici esibiti per la giustificazione della conquista sono da Vitoria rifiutati come inappropriati, crede di trovarsi di fronte a un rifiuto generale della conquista spagnola. Se egli sente della critica di Vitoria alle ingiustizie e alle crudeltà che la conquista ha implicato, è portato a considerarla nello stile di una critica rousseauiana del proprio tempo, o addirittura nello stile della propaganda moderna, quale giudizio generale di condanna della conquista in nome della civiltà. In realtà Vitoria, nonostante il suo rifiuto di sette titoli giuridici (tra cui il diritto dell'imperatore o del papa sulla terra e il richiamo all'inferiorità morale degli Indiani), perviene a una conclusione *senz'altro positiva* riguardo alla conquista spagnola. E' soprattutto il *fait accompli* della cristianizzazione già ampiamente realizzata a rivestire per lui un'importanza niente affatto trascurabile.[10]

L'esposizione di Vitoria è però completamente astorica e la conclusione positiva è raggiunta solo in concetti generali e con l'aiuto di argomentazioni ipotetiche, nel tentativo di procedere alla costruzione teorica della guerra giusta. Il carattere generale-neutrale e al tempo stesso ipotetico dell'argomentazione è qui particolarmente evidente. *Se* i barbari si oppongono al diritto di ospitalità e alla libertà di missione, al *liberum commercium* e alla libera propaganda, essi violano i diritti degli Spagnoli sanciti dallo *jus gentium;* e *se* in tal caso la pacifica opera di persuasione degli Spagnoli non serve a nulla, questi ultimi hanno motivo di guerra giusta. La guerra giusta fornisce a sua volta il titolo giuridico internazionale all'occupazione e all'annessione del suolo americano, e alla sottomissione dei popoli indigeni. A questi si aggiungono ulteriori motivi per una guerra giusta degli Spagnoli contro gli Americani: motivi che nell'uso linguistico moderno verrebbero fatti valere quali tipici « interventi umanitari » e che giustificano i diritti di occupazione e di intervento degli Spagnoli, se questi

intervengono in favore di uomini ingiustamente oppressi dai barbari nella loro terra. In particolare, questo diritto d'intervento degli Spagnoli vale a favore di quegli Indiani che si sono già convertiti al cristianesimo. Sulla base di tali affermazioni generali e di tali argomentazioni eventuali la conquista spagnola può essere senz'altro giustificata nel suo complesso. Ma questa sarebbe allora soprattutto una questione di situazioni concrete diverse, che lo Scolastico lascia aperta e alla quale non risponde. Una trattazione concreta dovrebbe condurre a un esame diverso caso per caso. La situazione avrebbe potuto per esempio, relativamente al Messico e a Cortés, essere del tutto diversa per il Perù e Pizarro, sicché la guerra in Messico sarebbe forse risultata giusta, mentre quella in Perù ingiusta. Ma l'esposizione scolastica si mantiene a un livello normativistico-generale di distanza dalla situazione concreta. Le sue tesi riguardano solo le argomentazioni controverse e le sue conclusioni non entrano diretta-mente nel merito del caso storico concreto, che essa non risolve affatto nei modi di una sentenza giudiziaria.

Come possiamo spiegarci questa davvero sorprendente obiettività e neutralità? Noi dobbiamo chiarire la sua collocazione esistenziale, senza scambiarla per una moderna mancanza di presupposti o per la volontà di non prendere posizione tipica di un libero pensatore. E' pertanto necessario ricordare, in primo luogo, che le *Relectiones* del grande domenicano non sono un trattato giuridico al modo delle opere di diritto internazionale dei secoli successivi. Vitoria è un teologo; non vuole essere un giurista e tanto meno fornire argomenti alla disputa interstatale tra i governi. Dei giuristi egli parla con una certa condiscendenza.[11] La sua intenzione pratica non è certamente quella di un consigliere della corona o di un avvocato. Meno che mai lo si può collocare tra i giuristi volutamente non teologi del moderno diritto internazionale

interstatale europeo, come Baltasar Ayala, Alberico Gentile o Richard Zouch.

Il domenicano spagnolo parla come un consigliere spirituale e un maestro che educa futuri teologi e soprattutto consiglieri teologici di persone che agiscono politicamente. Il rapporto che lega il confessore alla situazione concreta del penitente è diverso da quello esistente tra l'avvocato e il suo cliente o tra il pubblico magistrato e un delinquente. Che tuttavia questioni giuridiche possano malgrado ciò diventare, in quanto questioni di coscienza, importanti anche per uomini d'azione, lo dimostra il bell'esempio del testamento che Hernán Cortés lasciò alla sua morte (1537) nelle mani del figlio: in esso infatti il Conquistador dava minuziose indicazioni per risarcire gli Indios dei torti da loro subiti. Anche un guerriero come Cortés avvertiva il peso delle questioni di coscienza. Si atteneva pure a consiglieri teologici. Ma non avrebbe certo pensato di mettere in discussione dal punto di vista giuridico le buone ragioni della sua conquista, o addirittura sottoporle all'esame di avvocati schierati con il nemico politico.

In quanto teologo, Vitoria pone il problema del « diritto » alla conquista e della *justa causa belli* in una prospettiva senz'altro teologico-morale, la cui obiettività e neutralità appare, almeno a prima vista, del tutto apolitica. Non basta pertanto affermare genericamente che Vitoria era un teologo della Chiesa e non un giurista statale. Non ci dobbiamo infatti guardare in generale soltanto dall'inquadrare la figura del grande teologo nello spazio vuoto di un'obiettività definita neutrale nel senso moderno del termine; dobbiamo anche considerare il domenicano spagnolo nella sua situazione storica e nella sua intera esistenza, nel suo pensiero tutto concreto quale organo della Chiesa cattolica romana, cioè organo di quella stessa concreta autorità di diritto internazionale da cui la corona di Castiglia aveva ricevuto l'incarico di mis-

sione nel nuovo mondo, e dunque il titolo giuridico per la grande conquista territoriale. L'argomentazione sulla guerra giusta, apparentemente così generale e neutrale, riceve solo dall'incarico di missione il suo indirizzo concreto e decisivo, e l'astratta generalità dell'argomentazione non elimina in alcun modo la realtà esistenziale di una posizione concreta.

L'*incarico pontificio di missione* era in effetti il fondamento giuridico della conquista. Questa tesi non era sostenuta soltanto da parte pontificia. Anche gli stessi re cattolici di Spagna avevano sempre riconosciuto il carattere giuridico vincolante dell'incarico di missione. In numerose istruzioni e direttive al loro ammiraglio Cristoforo Colombo e ai loro governatori e funzionari, i sovrani spagnoli sottolineavano in primo luogo il loro dovere di missione, confermato dalla clausola del testamento della regina Isabella (1501), fatta valere numerose volte. Il papa, che con la bolla *Piae devotionis* (dicembre 1501) aveva trasferito ai re cattolici le decime ecclesiastiche imponendo loro in compenso il mantenimento dei sacerdoti e delle chiese, in un'altra bolla del 1510 dal medesimo titolo aveva stabilito che essi non dovessero riscuotere alcuna decima sull'oro e sull'argento proveniente dalle Indie. Una bolla dell'agosto 1508 aveva regolato il patronato dei sovrani spagnoli sulle chiese d'America.

Tutte queste disposizioni, che ci limitiamo a riportare a mero titolo d'esempio, possono essere giudicate solo secondo lo *jus gentium* della *respublica christiana* medioevale, e non secondo il diritto internazionale o interstatale odierno, che separa nettamente e rigidamente il *domaine exclusif* intrastatale dal diritto internazionale extrastatale. Secondo l'attuale diritto interstatale, un rapporto come quello che legava la corona di Castiglia alla Chiesa romana sarebbe stato in fondo assolutamente impossibile da instaurare, poiché il diritto internazionale moderno — completamente secolarizzato - si basa sulla

sovranità territoriale degli Stati, i quali possono forse stipulare separatamente dei concordati, ma non riconoscono più un'autorità spirituale comune, valida sul piano del diritto internazionale, e trattano le questioni ecclesiastiche come affari puramente intrastatali. Tali Stati sovrani si erano spartiti interamente tra loro il suolo della terraferma, lasciando invece libera — vale a dire non occupata statualmente né occupabile — la superficie del mare. Scoperta e occupazione erano d'altronde per essi gli unici titoli giuridici della conquista interessanti nel nostro contesto. Vitoria nega esplicitamente la scoperta come titolo giuridico per la conquista e non riconosce nemmeno l'occupazione già per il fatto che per lui il territorio americano non è libero né privo di dominio.

E' dunque l'incarico pontificio di missione — sia pure mediatamente, vale a dire sulla via della costruzione teorica di una guerra giusta - il vero e proprio titolo giuridico della conquista. In ciò l'argomentazione del domenicano si muove ancora interamente all'interno dell'ordinamento spaziale internazionale della *respublica christiana,* fondato sulla distinzione dei territori appartenenti ai principi e ai popoli cristiani. Per tutti i secoli del Medioevo cristiano la distinzione tra il territorio dei principi e dei popoli cristiani e quello dei principi e dei popoli non cristiani rimase fondamentale per l'ordinamento spaziale della *respublica christiana,* sussistendo nella consapevolezza di quest'ultima. Di conseguenza la guerra che i principi cristiani conducevano tra loro era, per un simile *jus gentium,* una guerra limitata ed era ovviamente qualcosa di diverso dalle guerre tra cristiani e non cristiani. Per i paesi appartenenti a principi e popoli non cristiani il papa poteva assegnare mandati di missione o di crociata dai quali risultavano la giustezza della guerra dal punto di vista del diritto internazionale e quindi il fondamento di una legittima acquisizione di territorio. Così, già nel secolo X, all'epoca degli Ot-

toni, gli imperatori germanici avevano ottenuto dal pontefice incarichi di missione verso i popoli slavi pagani, estendendo il proprio dominio a oriente. L'appello del papa per una crociata contro gli *infideles* era divenuto pertanto un titolo giuridico internazionale di grande significato politico, poiché esso rappresentava il fondamento di diritto internazionale per l'acquisizione del territorio degli imperi islamici. La conquista territoriale dell'America da parte della corona di Castiglia corrisponde, nel suo primo stadio, quello in cui si situa l'argomentazione di Vito-ria, ancora interamente al diritto internazionale del Medioevo cristiano, basato su questo ordinamento spaziale. Essa ne è addirittura il culmine, ma al tempo stesso anche la fine.

L'ordine dei domenicani, cui Vitoria apparteneva, e gli altri ordini spirituali impegnati nella missione delle Indie erano i custodi e gli esecutori dell'incarico spirituale di missione da cui procedeva *jure gentium* il titolo legittimo alla conquista temporale. Anche questi ordini erano perciò organi del papa e della Chiesa in quanto autorità *giuridico-internazionale* della *respublica christia-na*. Essi avevano preso estremamente sul serio il loro incarico di direzione spirituale sui poteri laici e sui funzionari del governo spagnolo. Tutti gli ordini missionari — domenicani, francescani, agostiniani, geronimiti e gesuiti — si vennero pertanto a trovare in tensioni e divergenze continue con i funzionari coloniali del governo spagnolo. Ma non si possono giudicare questi contrasti in analogia ai moderni conflitti tra Stato e Chiesa. Essi non hanno nulla a che fare con il *Kulturkampf* bismarckiano e neppure sono espressione del laicismo sorto in seguito alle dispute ecclesiastiche francesi. Vale più che altro anche qui ciò che caratterizza il contrasto medioevale tra imperatore e papa, il fatto cioè che imperatore e papa, impero e Chiesa, formano un'unità inscindibile e che dunque i contrasti non sono un conflitto tra due di-

verse grandezze politiche ovvero la lotta tra due diverse *societates*, ma soltanto la tensione tra due gerarchie appartenenti alla medesima indiscussa unità: tra due *diversi ordines*. Anche sotto questo profilo la conquista spagnola è una continuazione di concetti di ordine spaziale della *respublica christiana* del Medioevo. Questo *jus gentium* medioevale venne meno solo con l'avvento dello Stato territoriale, sovrano e in sé chiuso, dello *jus publicum Europaeum*, che mise fine a tutti i concetti specifici del diritto internazionale medioevale, soprattutto alle idee della guerra giusta e dell'acquisizione legittima di territorio.

E' noto che i domenicani hanno acquisito meriti speciali nell'evangelizzazione missionaria degli Indiani d'America. Mi è sufficiente citare qui soltanto il nome di Las Casas, domenicano che nel 1530 era venuto per la prima volta in Spagna per proteggere gli Indiani del Perù dalle crudeltà dei conquistatori. L'ordine dei domenicani, quale rappresentante della tradizione scolastica di san Tommaso d'Aquino, era inoltre chiamato a esaminare e giudicare in un contesto sistematico, secondo i metodi della teologia e della filosofia scolastica, le controversie che emergevano dalla nuova situazione della conquista del nuovo mondo. Fu così che da un avvenimento storico oltremodo concreto, la conquista di un nuovo mondo, ebbe origine nelle *Relectiones* di Francisco de Vitoria una costruzione di pensiero che, nel suo bilanciarsi tra *pro* e *contra*, tra argomenti e controargomenti, con le sue distinzioni e conclusioni, forma un'unità speculativa in sé coerente, un tutto inscindibile, che riguarda però solo l'esattezza degli argomenti, e non la situazione concreta e le sue conclusioni pratiche.

3

Non si può dire, come si è visto, che Vitoria abbia presentato la conquista dell'America da parte degli Spagnoli come «ingiusta». Non è qui importante discutere singolarmente tutti i corrispondenti « titoli giuridici legittimi » degli Spagnoli, che Vitoria enumera. Che il suo risultato finale sia di arrivare a giustificare la conquista spagnola, lo si spiega in verità con la ragione che l'assenza di pregiudizi, l'obiettività e la neutralità di Vitoria hanno anch'esse i loro limiti, e che non arrivano affatto fino al punto di ignorare realmente la differenza tra fedeli cristiani e non cristiani e di considerarla inesistente. Al contrario: il risultato pratico è interamente fondato sulla convinzione cristiana di Vitoria, che rinviene nella missione cristiana la vera e propria giustificazione. Giacché al monaco spagnolo non passa proprio per la testa che i non cristiani possano rivendicare per la loro idolatria e per i loro errori religiosi il medesimo diritto alla libera propaganda e al libero intervento di cui gli Spagnoli disponevano per la loro missione cristiana. Qui sta dunque il limite tanto della sua assoluta neutralità quanto della generale reciprocità e reversibilità dei suoi concetti. Vitoria è forse un erasmiano,[12] ma non è un sostenitore dell'umanità assoluta nello stile del XVIII e XIX secolo; non è né voltairiano né rousseauiano, né libero pensatore né socialista. Il *liberum commercium* non significa per lui il principio liberale del libero commercio mondiale e dell'economia libera nel senso della « porta aperta » del XX secolo; è un mero mezzo dell'epoca pretecnica. La libertà di missione è però una libertà, una *libertas* della Chiesa cristiana, che nel pensiero e nell'uso linguistico medioevale valeva come sinonimo di diritto. Qui dunque l'Europa cristiana è per Vitoria ancora il centro della terra ed è

storicamente localizzata in maniera del tutto concreta in Gerusalemme e Roma.

Vitoria non apparteneva alla schiera di quegli uomini di cultura che sulle questioni fondamentali dell'esistenza del cristianesimo assumevano una posizione puramente formale di *pro o contra,* accompagnata da una neutralità interiore — uomini che uno hegeliano del secolo XIX, particolarmente critico, ha definito « i precursori dei moderni avvocati di formule costituzionali».[13] Ma non si può misconoscere che il suo metodo astorico, del tutto slegato da concrete prospettive spaziali, rimuove dal loro radicamento storico e spoglia della loro particolarità alcuni concetti della storia europea, come popolo, principe, guerra, che sono specifici dello *jus gentium* medioevale. In questo modo si può ricavare dalla teologia anzitutto una dottrina morale universale e - con l'ausilio di un altrettanto generalizzante *jus gentium* — una dottrina morale già « naturale » nel significato moderno del termine, e quindi un mero diritto razionale. Nello sviluppo coerente di questo spunto della tarda Scolastica, altri filosofi e giuristi del XVII e XVIII secolo seguiti a Vitoria e a Suàrez - da Grozio fino a Christian Wolff — hanno sviluppato uno *jus naturale et gentium* ancora più generale e più neutrale, puramente umano.

Questi filosofi e giuristi hanno lasciato cadere ogni riferimento alla distinzione tra credenti e non credenti, che secondo il domenicano spagnolo rimane essenziale. Ciò rese possibile porre le argomentazioni di Vitoria al servizio di scopi e intenti politici diversi, anzi, addirittura opposti. Vitoria aveva rifiutato per i più puri motivi di obiettività teologico-morale qualsiasi discriminazione tra cristiani e non cristiani, civilizzati e barbari, Europei e non Europei. Proprio questo però predestinò le sue tesi e formulazioni ad un'utilizzazione indebita, aprendo una falla attraverso la quale intenzioni del tutto

eterogenee poterono infiltrarsi e impossessarsi delle formule e dei concetti scolastici originari. Le singole proposizioni e i singoli concetti, presi astrattamente, si lasciavano con facilità estrapolare dalla concreta unità della loro complessa struttura speculativa e dal contesto della loro situazione storica, e si lasciavano trasporre - quali tesi e formule isolate — in situazioni completamente diverse. Un esempio di utilizzazione particolarmente diffusa e — come ritengo — indebita di proposizioni e concetti isolati di Vitoria consiste in ciò: che le sue proposizioni teologico-morali furono trasferite nel contesto di esposizioni di secoli successivi diversamente costruite, le quali non erano teologiche, ma semplicemente morali o semplicemente giuridiche. In esse non erano più i teologi della Chiesa romana, bensì i giuristi di potenze neutrali sul piano confessionale a formulare le loro argomentazioni di diritto internazionale ricavandole da una situazione e da un'esperienza spirituale essenzialmente diverse.

Le trasposizioni di argomenti e di concetti in situazioni differenti da quelle originarie non sono in sé nulla di inconsueto e capitano frequentemente nella storia. Lo storico inglese John Neville Figgis, buon conoscitore della controversia tra papa e concilio durante il secolo XV, ha osservato ad esempio che nel corso della lunga disputa intorno al parlamentarismo moderno, che ebbe luogo durante tutto il secolo XIX tra governi e parlamenti, non è mai comparso un solo argomento che non fosse già stato formulato nel secolo XV durante la controversia tra il papa e il concilio. Così pure nel corso dei conflitti tra papa e imperatore, tra autorità spirituale e potere temporale, si ripresentarono continuamente ragionamenti e punti di vista simili. Allo stesso modo anche molti argomenti di Vitoria poterono essere svincolati dalla loro concreta problematica storica — vale a dire dalla conquista europea di un nuovo mondo, giustificata da incarichi pontifici di missio-

ne - ed essere applicati ad altre situazioni. Vi sono in effetti pochi autori i cui argomenti furono trapiantati in contesti tanto vari quanto gli argomenti di Vitoria, e vi sono pochi nomi che divennero in seguito a ciò così famosi come il nome di questo monaco spagnolo. In questo senso, la fortuna di Vitoria ha una sua storia particolare, e necessita di una trattazione particolare. Soprattutto la celebrità quasi mitica che egli da alcuni decenni riscuote in determinati ambienti è un interessante fenomeno storico di natura particolare e così istruttivo per la scienza del diritto internazionale che noi, per motivi di esattezza storica, ci sentiamo obbligati a illustrare brevemente almeno due o tre esempi di utilizzazione del suo pensiero.

Non mi riferisco tanto a giuristi veri e propri, come Alberico Gentile, il quale si richiama spesso a Vitoria senza però in realtà appropriarsi sistematicamente delle sue argomentazioni: Alberico Gentile è per questo un giurista laico che troppo consapevolmente si contrappone ai teologi. Le cose stanno diversamente nel caso di Ugo Grozio. Anch'egli si differenzia naturalmente dai teologi, ma utilizza volentieri le loro argomentazioni. Specialmente nel suo celebre trattato *Mare liberum* (1607; Carnegie Endowment Edition, 1916) Grozio adottò interamente l'argomentazione di Vitoria circa il *liberum commercium* e la libertà di missione, tirando ora in campo, in favore dei protestanti olandesi e inglesi nei confronti dei cattolici portoghesi e spagnoli, quella *libertà* che il domenicano aveva fatto valere per i cattolici spagnoli nei confronti degli Indiani pagani. Così, un ragionamento presentato da un teologo spagnolo come affare cattolico-spagnolo interno, nel quadro stabile del suo ordine e dell'unità politica dell'impero cattolico spagnolo, veniva utilizzato pochi decenni più tardi, nella polemica di un giurista appartenente a un paese nemico, per la propaganda della guerra commerciale europea

contro la Spagna. Grozio affermava addirittura di voler portare la questione del libero commercio di fronte al tribunale della coscienza e di appellarsi a quei giuristi cattolici esperti tanto in diritto divino quanto in diritto umano.

E' universalmente noto quanto Grozio si fosse appropriato in tale questione delle argomentazioni di autori precedenti. Non sempre si considera però come tali argomentazioni in tempi completamente mutati significassero cose completamente diverse. Il processo di ripartizione della terra era entrato in un altro stadio. L'uso di quegli argomenti da parte dei protestanti neutralizzava il carattere specificamente cattolico delle intenzioni di Vitoria. Gli Stati europei erano diventati mercantilisti e non facevano più valere gli argomenti del *liberum commercium*. Già Molina concedeva in fondo a ogni Stato il diritto di respingere le relazioni d'amicizia non desiderate e Pufendorf era già apertamente un mercantilista.[14] Questa trasformazione dell'argomentazione è di grande importanza per la storia del diritto internazionale moderno e per il problema della guerra giusta. Non v'è tuttavia bisogno di soffermarsi ulteriormente su di essa. Ai conoscitori della storia del diritto internazionale tale trasformazione è già da lungo tempo familiare e d'altra parte è senz'altro chiaro ciò che essa significa nel contesto della mia esposizione, e cioè riguardo alle diverse utilizzazioni di Vitoria e al mutamento intenzionale della sua dottrina.

Quasi tre secoli più tardi gli argomenti del domenicano spagnolo furono inseriti in modo ancor più sorprendente in un sistema di pensiero a lui del tutto estraneo. Dopo la prima guerra mondiale del 1914-18 incominciò infatti una *renaissance* di Vitoria e della tarda Scolastica spagnola. E' un fenomeno particolarmente interessante per la storia del diritto internazionale. I grandi teologi spagnoli non erano caduti completamente nell'oblio. In Spagna e nella tradizione cattolica il

loro nome era rimasto naturalmente vivo. Non ci si era mai completamente dimenticati in quale sorprendente misura Suàrez avesse dominato nelle università tedesche, anche in quelle protestanti, durante il secolo XVII, anche se fu solo Karl Eschweiler, nel 1928, a farcene avere di nuovo piena consapevolezza. Nella storia del diritto internazionale i teologi spagnoli erano del tutto noti ai migliori studiosi del XIX secolo — come Kaltenborn e Rivier — quali « precursori di Grozio». Nell'opera *Fondateurs du droit international* (1904), curata da Pillet, proprio Vitoria è esposto in maniera molto elegante da Joseph Barthélemy. Ma in seguito, dopo il 1919, il nome del teologo divenne improvvisamente noto e famoso in tutto il mondo anche al grande pubblico. In questa sede non vorrei parlare dei molti e superficiali travisamenti, già menzionati, che fecero del grande domenicano un mito giornalistico. T. Andrés Marcos ha già criticato questo abuso. C'è comunque ancora qualcos'altro di particolare che merita la nostra attenzione.

Un famoso giusinternazionalista belga del XIX secolo, Ernest Nys - sollecitato e incoraggiato in un primo momento dal grande James Lorimer[15] —, si trovò spesso ad affrontare la figura di Vitoria nelle sue ricerche storico-giuridiche sul diritto internazionale del Medioevo e del XVI secolo e approfondì l'interessante tema dal punto di vista della storia del diritto internazionale. In numerosi e significativi lavori (in primo luogo in un saggio sui *Pubblicisti spagnoli e i diritti degli Indiani* apparso nella « Revue de droit international et de législation comparée», XXI, 1889) egli fece continuo riferimento a Vitoria, e pubblicò infine nel 1917 nei Classics of International Law curati da James Brown Scott un'ottima edizione delle *Relectiones de Indis et de jure belli.*[16] Con i suoi lavori Nys aprì una via e stabilì i fondamenti di quella *renaissance* di Vitoria

che si impose così prepotentemente dopo la prima guerra mondiale e che oggi vanta già una letteratura immensa.[17]

L'intento fondamentale dell'intera opera di Ernest Nys procede dalla sua fede nella civiltà e nel progresso umano. Possiamo affermare ciò senza mezzi termini, perché Nys stesso manifestò sempre con grande franchezza ed *ex professo* le proprie convinzioni, non già in dichiarazioni solo occasionali o in discorsi ufficiali per qualche giubileo, bensì in una trattazione scientifica del 1908 estremamente importante per la storia del diritto internazionale moderno.[18] Questo scritto — come del resto tutti i lavori del grande studioso — è straordinariamente ricco di contenuti e rappresenta, per le sue idee sulla criminalizzazione della guerra d'aggressione *(le crime de l'attaque),* un documento di portata storica mondiale.

Il capitolo più recente e moderno nella storia dell'utilizzazione del pensiero di Vitoria si riallaccia immediatamente all'opera di Ernest Nys. James Brown Scott, giusinternazionalista americano di fama mondiale deceduto nel 1943, fondatore e presidente del-l'American Institute of International Law e della Società americana per il diritto internazionale, segretario del Carnegie Endowment for International Peace e direttore della Division for International Law, si fece con notevole impegno preconizzatore della fortuna di Vitoria, adoperandosi a questo fine con la propria grande influenza. Andrew Carnegie stesso, nella lettera del 14 dicembre 1910 con cui fondava il suo istituto, definì la guerra come essenzialmente criminale (*essentiellement criminelle),* senza distinguere ovviamente tra guerre d'attacco e guerre di difesa e naturalmente senza citare i teologi. Per Brown Scott i teologi spagnoli divennero allora un'autentica miniera di argomenti. Egli tenne numerose conferenze su Vitoria e Suàrez come fondatori del diritto internazionale moderno ed espose le proprie tesi in svariate pubblicazioni.[19]

4.

Il grande impegno di James Brown Scott ha fatto conoscere e — possiamo dirlo — ha reso popolare il nome di Vitoria ben oltre la cerchia specialistica degli storici e dei teorici del diritto internazionale. Inizia così un nuovo stadio dell'utilizzazione del pensiero di Vitoria, che arriva ora al punto di creare un mito politico. Perfino nelle dichiarazioni ufficiali e semiufficiali del governo degli Stati Uniti d'America venne proclamata la necessità di un « ritorno alle più antiche e sane concezioni della guerra », e con ciò ci si riferiva soprattutto alla dottrina vitoriana del *liberum commercium,* della libera propaganda e della guerra giusta. La guerra deve cessare di costituire un procedimento giuridicamente riconosciuto o anche solo indifferente, e deve invece tornare ad essere vista come guerra giusta, nella quale l'aggressore in quanto tale — l'*aggressor* — è dichiarato criminale nel pieno significato penalistico del termine. Di conseguenza anche il tradizionale diritto alla neutralità internazionale, fondato sui princìpi dello *jus publicum Europaeum* e sull'indistinzione tra guerra giusta e guerra ingiusta, deve essere eliminato.

Non vogliamo approfondire qui il problema della generale contrapposizione tra le convinzioni cristiano-medioevali e quelle « civilizzatrici » moderne. La dottrina medioevale della guerra giusta prevede la possibilità di un'*aggressione giusta.* I due concetti di giustizia hanno pertanto una struttura formale del tutto diversa. Riguardo alla sostanza della giustizia medioevale dobbiamo tuttavia ricordare ancora una volta brevemente che Vitoria, nel punto decisivo della sua dottrina della guerra giusta, argomenta sul fondamento dell'incarico

di missione assegnato da una *potestas spiritualis* solida, istituzionalmente stabile e al di sopra di ogni dubbio. Anche il diritto al *liberum commercium* e lo *jus peregrinandi* sono, secondo Vitoria, mezzi per realizzare la libera missione del cristianesimo e per attuare la missione papale; non sono la stessa cosa del principio della «porta aperta», connesso all'espansione industriale, così come l'esigenza di una libera propaganda — che si richiama al Vangelo di Matteo, 28, *19* — non può essere confusa con una rinuncia relativistica o agnostica alla verità. Ciò che qui ci interessa è soltanto la giustificazione della conquista territoriale: una questione che Vitoria riduce al problema generale della guerra giusta. Tutte le questioni importanti dell'ordinamento giuridico internazionale finiscono per convergere sul concetto di guerra giusta. Qui, dunque, il rischio di un'eterogenesi dei fini raggiunge il grado massimo di intensità.

La dottrina medioevale della guerra giusta, malgrado numerose anomalie interne, si situava in ogni caso nel quadro di una *respublica christiana*. Sotto questo punto di vista essa distingueva tra vari tipi di faide e di guerre, riconoscendo d'altronde sia il diritto feudale di faida sia quello cetuale di resistenza come diritti pienamente validi. Questa dottrina doveva distinguere le faide e le guerre tra cristiani, cioè condotte tra avversari sottomessi all'autorità della Chiesa, da altri generi di guerra. Le crociate e le guerre di missione autorizzate dalla Chiesa erano *eo ipso* guerre giuste, prescindendo dal fatto che fossero d'aggressione o di difesa. Principi e popoli che invece si sottraevano ostinatamente all'autorità della Chiesa, come Ebrei e Saraceni, erano *eo ipso* considerati *hostes perpetui*. Il presupposto di tutto ciò era *l'autorità giuridica internazionale esercitata da una « potestas spiritualis »*. Mai nelle dottrine del Medioevo cristiano si può prescindere da tale autorità, tanto me-

no quando sia un principe cristiano a prendere parte alla guerra.

Il punto di riferimento per la definizione della guerra giusta sotto l'aspetto formale consiste nell'autorità stabilizzata della Chiesa. Nella sostanza, in una prospettiva giuridico-materiale, la guerra giusta è guerra condotta *ex justa causa,* ovvero per l'attuazione di determinate pretese giuridiche senza tener conto se essa sia, tatticamente o strategicamente, una guerra d'aggressione o di difesa. Il criterio della *justa causa* esclude che la tutela puramente giuridica del possesso, su cui si fonda ad esempio il protocollo di Ginevra del 1924, possa da sola determinare il diritto o il torto di una guerra. Definizioni dell'aggressore come quelle che stanno alla base del protocollo di Ginevra o della conferenza sul disarmo del 1932-34 erano proprio tese a impedire qualsiasi riferimento alle cause della guerra e alla questione della *justa* o *injusta causa,* onde evitare una discussione interminabile e senza sbocchi su questioni di politica estera riguardanti la colpa.

Il diritto internazionale europeo post-medioevale, caratteristico dell'epoca interstatale che va dal XVI al XX secolo, cerca di respingere il principio della *justa causa.* Il punto di riferimento formale per la definizione della guerra giusta non è più qui l'autorità giuridica internazionale della Chiesa, ma l'*eguale sovranità degli Stati.* L'ordinamento giuridico internazionale interstatale parte, anziché dalla *justa causa,* dallo *justus hostis* e definisce legittima ogni guerra interstatale condotta tra sovrani con uguali diritti. Mediante questa formalizzazione giuridica si rese possibile una razionalizzazione e un'umanizzazione, cioè una limitazione della guerra, che durò per due secoli. Onde tornare ad un'esatta comprensione della figura di Vitoria, è sufficiente — ma ovviamente anche necessario — tener conto del fatto che la svolta storica avvenuta nel diritto internazionale tra il Medioevo e l'età moderna si com-

pie in una *duplice separazione* di due ordini di idee che per tutta la durata del Medioevo erano apparsi inseparabili: nel definitivo distacco dell'argomentazione ecclesiastica e teologico-morale da quella giuridico-statale e nel distacco egualmente importante della questione morale e giusnaturalistica della *justa causa* da quella tipicamente giuridico-formale dello *justus hostis,* distinto a sua volta dal criminale, vale a dire dall'oggetto di un'azione punitiva.

In questi due punti consiste il passaggio decisivo dal diritto internazionale medioevale a quello moderno, da un sistema di pensiero ecclesiastico-teologico a uno giuridico-statale. Tale passaggio non riguarda solamente i problemi teorici della formazione dei concetti, ma investe invece il contrasto profondo tra due ordinamenti e autorità concrete fondamentalmente differenti dal punto di vista istituzionale e organizzativo. E' il contrasto sociologico strutturale tra le élites dominanti, sia tra i gruppi politicamente attivi, sia tra i loro consiglieri, ovvero tra metodi e vie diversi capaci di determinare le convinzioni e le opinioni dei gruppi dominanti. Un autentico giurista di quest'epoca di svolta, Alberico Gentile, ha formulato il grido di battaglia che, sotto il profilo della sociologia della conoscenza, può valere come il motto tipico dell'epoca: *Silete theologi in munere alieno!*

Tenendo conto sia del rapporto tra modo di pensiero teologico e modo di pensiero giuridico, sia del suo non-distacco dalla *justa causa,* Francisco de Vitoria appartiene - nonostante la sua neutralità, obiettività e umanità — al Medioevo cristiano e non al moderno diritto internazionale interstatale. Abbiamo già parlato del fatto che egli, durante tutta la sua attività intellettuale, non divenne mai un giurista, ma volle rimanere e rimase teologo. Egli rimase tale non solo in quanto ad esempio definì Ebrei e Saraceni *hostes perpetui o* in quanto nelle sue lezioni *de potestate civili* sottolineò come una guerra

contro la cristianità rappresentasse già *eo ipso* una guerra ingiusta, bensì per il motivo decisivo che dal problema della *justa causa* Vitoria non si spinse mai a trattare in linea di principio quello dello *justus hostis.* E' vero che egli sembra essere su questa via, giacché è importante per lui che gli Indiani, benché non cristiani e talora colpevoli di alcuni crimini, siano trattati non come criminali, ma come avversari di guerra, con cui i cristiani europei debbono comportarsi come con i nemici cristiano-europei. Vitoria consegue il proprio risultato, ovvero la giustificazione della conquista spagnola, a partire da argomentazioni generali di diritto bellico, senza discriminare i barbari o i non cristiani in quanto tali. Con ciò egli si avvicina al concetto non discriminante di guerra tipico del nuovo diritto internazionale interstatale. Tuttavia non elabora questa sua posizione su un piano giuridico come una nuova dottrina dello *justus hostis,* come ad esempio fece Alberico Gentile, ma fonda la non-discriminazione semplicemente sulle riflessioni della teologia morale cristiana medioevale riguardanti il *bellum justum.*

Al contrario, la teoria odierna della guerra giusta mira proprio alla discriminazione deH'avversario in quanto artefice di una guerra ingiusta. La guerra stessa diviene un crimine nel senso penalistico del termine. L'aggressore viene definito criminale nel peggiore significato del termine, ed è posto *outlaw* come un pirata. Ma il torto dell'aggressione e dell'aggressore non risiede in una colpa materialmente e realmente determinabile come colpa di guerra nel senso di causa del conflitto, ma nel *crime de l'attaque,* nell'*aggressione in quanto tale.* Chi spara il primo colpo o compie uno degli altri atti corrispondenti è l'autore di questo nuovo delitto. Il problema della *justa causa* rimane al di fuori di tale ambito di determinazione concettuale. Già per questo motivo la distinzione moderna tra guerra giusta e guerra ingiusta non ha una relazio-

ne interna con la dottrina scolastica medioevale e con Vitoria. Quest'ultimo è a conoscenza, come lo è l'intera dottrina medioevale, di un *bellum justum offensivum*. Egli è altresì cosciente del carattere dubbio dell'intera dottrina, ed è sufficiente riflettere attentamente solo una volta sui cinque *dubia circa bellum justum* e sui nove *dubia* « *quantum liceat in bello justo* » presenti nella sua *Relectio de jure belli* per comprendere che il grande progresso del diritto internazionale interstatale europeo consiste nell'avere sostituito la dottrina della *justa causa* con quella dell'eguaglianza giuridica di entrambi gli *justi hostes*. Forse che oggi questa acquisizione deve essere semplicemente abbandonata? Non è così semplice, dopo un processo di razionalizzazione delle relazioni interstatali durato vari secoli, tornare a una dottrina prestatale. Ancora più difficile è poi trasporre concetti giuridici internazionalistici, che si basano su un *ordo spiritualis* sviluppato istituzionalmente, in un contesto di pensiero in cui un simile *ordo* manca del tutto. Avremo modo in seguito di trattare la moderna criminalizzazione della guerra ingiusta nel capitolo sul « Mutamento di significato della guerra » (pp. 335 sgg.): accontentiamoci quindi per ora di fare una precisazione storica al riguardo.

Se oggi alcune formule relative alla dottrina della guerra giusta - dottrina che è radicata nell'orbo istituzionale della *respublica christiana* medioevale — vengono adoperate nel contesto di costruzioni concettuali moderne e globali, ciò non indica un regresso, quanto la trasformazione fondamentale subita dai concetti di nemico, guerra, *ordo* concreto e giustizia, presupposti dalla dottrina medioevale. Per i teologi scolastici anche la guerra ingiusta rimaneva pur sempre una guerra, e il fatto che una delle parti belligeranti conducesse una guerra giusta e l'altra una guerra ingiusta non eliminava il concetto stesso di guerra. D'altra parte è sempre implicita nella giustizia di una guerra, nella misura in cui quest'ultima si richiama

alla *justa causa,* la tendenza latente a discriminare l'avversario ingiusto, e quindi l'eliminazione della guerra in quanto istituto giuridico. La guerra diventa allora facilmente mera azione a carattere *punitivo,* la quale fa ben presto dimenticare i numerosi e seri *dubia* della dottrina del *bellum justum.* Il nemico diventa semplicemente un criminale e il passo successivo — vale a dire la privazione dell'avversario dei suoi diritti e la sua depredazione, ovvero la distruzione del concetto formale di nemico, che presupponeva ancora l'idea di *uno justus hostis* — si compie allora pratica-mente da sé. « Princeps qui habet bellum justum fit judex hostium » afferma Vitoria. E già in Cajetano si dice perfino: « Habens bellum justum gerit personam judicis criminaliter procedends ». Ma anche se si parla in questo modo del carattere « punitivo » della guerra giusta, non si deve vedere in ciò il segno di concezioni moderne della giustizia penale, o addirittura di odierne azioni di polizia criminale, magari nel senso del moderno diritto penale, che ormai altro non è che disinfestazione dal socialmente nocivo. In altre parole: la dottrina della guerra giusta nel senso della *justa causa belli* non aveva allora prodotto ancora il venire meno del concetto di guerra in generale e la trasformazione dell'azione bellica in semplice azione di giustizia o di polizia di tipo moderno. Ciò non era possibile, se non altro perché all'epoca del diritto feudale di faida e del diritto cetuale di resistenza una giustizia o una polizia statale centralizzata nel senso odierno non esisteva nemmeno. Mentre per l'ordinamento giuridico medioevale il diritto all'autodifesa insito nella faida e nel diritto di resistenza è un buon diritto, la giustizia e la polizia dello Stato moderno hanno eliminato proprio questa forma di autodifesa e l'hanno convertita in figure giuridiche di crimine come l'alto tradimento, il tradimento della patria, l'attentato alla pace e altri delitti ancora.

Non appena i fondamenti istituzionali della dottrina medioevale della guerra giusta furono messi da parte, la dissoluzione del concetto di guerra apparve ovvia. Un contemporaneo luterano di Vitoria, il giurista Johann Oldendorp (1480-1567), sosteneva del tutto apertamente e candidamente che la guerra giusta non è guerra, ma giustizia, e che a sua volta la guerra ingiusta non è neppur essa guerra, ma ribellione, senza immaginare che da questa cancellazione della guerra scaturiva per l'Europa soltanto un nuovo difficile problema: quello della guerra civile di religione. In senso contrario, i giuristi fondatori del moderno diritto internazionale interstatale - Ayala, Alberico Gentile e Richard Zouch - hanno separato, sotto l'influsso di tali guerre civili europee, la questione giuridico-formale del *bellum justum* da quella della *justa causa belli,* vedendo nella guerra una relazione paritetica tra Stati sovrani in cui *justi et aequales hostes* si affrontano vicendevolmente senza discriminazioni di diritto internazionale.

Ma anche per Vitoria - come del resto per tutta la dottrina medioevale — nonostante il suo « carattere punitivo » la guerra resta ancora guerra per entrambe le parti. Nemmeno a una guerra giusta, condotta da principi cristiani *contro* principi e popoli *non cristiani,* Vitoria disconosce il carattere di vera guerra, nella quale l'avversario è considerato senza dubbio nella sostanza come *justus hostis.* Nella concezione moderna e discriminante della guerra la distinzione tra giustizia e ingiustizia della guerra consiste invece proprio nel fatto che il nemico non è più considerato *justus hostis,* ma criminale. La guerra cessa pertanto di essere un concetto di diritto internazionale benché non cessino affatto in essa le uccisioni, le depredazioni e l'annientamento, ma siano addirittura accresciuti da nuovi moderni mezzi d'annientamento. Nella misura in cui, da una parte, la guerra diviene azione penale nel senso del moderno diritto criminale, l'avversario non può

più, dall'altra parte, esser *e justus hostis.* Contro di lui non viene più condotta una guerra, e nemmeno una guerra come quella contro i pirati, i quali sono nemici in un senso del tutto diverso da quello degli avversari bellici del diritto internazionale europeo. Egli ha perpetrato un crimine nel senso penalistico del termine: il crimine dell'attacco, *le crime de l'attaque.* L'azione contro di lui è di conseguenza tanto poco guerra quanto lo è l'azione della polizia statale contro un gangster: è semplice esecuzione e infine — in seguito alla moderna trasformazione del diritto penale in disinfestazione sociale - soltanto provvedimento contro un elemento nocivo o di disturbo, contro un *perturbateur,* che può essere reso innocuo ricorrendo a tutti i mezzi della tecnica moderna, ad esempio mediante un *police bombing.* La guerra è così eliminata, ma solo perché i nemici non si riconoscono più reciprocamente sul medesimo piano morale e giuridico. Ciò può sembrare un regresso ad una fase più antica; in qualche modo è anche il regresso da un concetto giuridico di *justus hostis* ad un concetto quasi teologico di nemico, ma proprio per questo costituisce l'opposto di un atteggiamento di reciprocità non discriminante spinta fino all'estremo, che in Vitoria si manifesta così chiaramente in chiave cristiana.

Così finisce la storia delle utilizzazioni giusinternazionalistiche di Vitoria fino ai nostri giorni. Iniziata subito nel secolo XVI, essa giunge fino ad oggi offrendo esempi sorprendenti di inattese trasformazioni e riformulazioni. Ma nessun pensiero umano è al riparo da riformulazioni che lo trasformano, e ogni argomentazione umana è esposta a destini che spesso si rivelano più inaspettati di quanto non si possa indicare con la nota espressione *fata libellorum.* Qui, nel caso di Vitoria, è accaduto che un uomo appartenente a un *ordo,* stabilmente collocato al suo interno, abbia elaborato coscienziosamente, quale scrupoloso teologo morale e attento insegnan-

te, i suoi *pro* e *contra*. Egli ha esposto a correligionari i suoi pensieri e inserito le sue conclusioni nell'indivisibile unità sistematica delle sue proposizioni e distinzioni. In seguito, dall'unità di pensiero che è propria di una simile controversia, ad un tempo intracristiana e intraspagnola, altri autori - non cristiani e nemici degli Spagnoli — hanno estrapolato gli argomenti e le formulazioni che andavano loro bene quali carte giuridiche vincenti. La forza di un pensatore dalla scrupolosità e apertura proprie della Scolastica veniva legata al carro di una causa a lui estranea e spesso perfino nemica. Alla melodia pensata per un testo di devozione cristiana e cattolica veniva attribuito un libretto profano, di genere completamente diverso. Ma anche ciò fa parte di quel fenomeno di eterogenesi delle intenzioni che tanto spesso vediamo operare nella storia dello spirito umano.

Su questo punto non vogliamo mostrarci sorpresi e neppure polemizzare. Tuttavia è bene restare scientificamente consapevoli del quadro di circostanze storicogiuridiche in cui questi fatti avvennero. Se di fronte alle ammirevoli *Relectiones* di Vitoria, abbiamo qui fatto cenno a tali tragiche possibilità di utilizzazioni eterogenee, non è stato per sminuire la fortuna o la venerazione che egli merita. Al contrario. La nostra intenzione era quella di purificare la sua immagine da false stratificazioni di colore e di restituire alle sue parole il loro autentico significato. Il nome di Vitoria non ne verrà a perdere nulla; risuonerà forse in maniera meno clamorosa, ma senza dubbio più pura.

Note

1 Una rassegna sulla letteratura del secolo XVI si trova nel *Cuerpo de documentos del siglo XVI sobre los derechos de España en las Indias y Filipinas,* di Lewis Hanke, a cura di Augustin Milliares Carlo, Mexico, 1942, pp. 315-36; dello stesso Hanke, cfr. *The Spanish Struggle for Justice,* University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1949. Per un'esposizione delle diverse argomentazioni, J. Höffner, *Christentum und Menschenwürde. Das Anliegen der spanischen Kolonialethik im goldenen Zeitalter,* Trier, 1947.

2 K. Eschweiler, *Die Philosophie der spanischen Spätscholastik* (Spanische Forschungen der Görresgesellschaft, vol. I), Münster, 1928, p. 264.

3 I sette *tituli non idonei nec legitimi* sono: sovranità sul mondo dell'imperatore, sovranità sul mondo del pontefice, *jus inventionis* (scoperta), rifiuto del cristianesimo, crimini dei barbari, presunto libero consenso da parte degli Indiani e speciale conferimento divino. I sette *tituli idonei ac legitimi* per la guerra giusta sono: *jus commerci*, *jus propagandae fidei, jus protectionis* (ossia degli Indiani convertiti al cristianesimo), *jus mandati* (incarico pontificio), *jus interventionis (contra tyrannos), jus liberae electionis* e *jus protectionis sociorum.*

4 Nello scritto *Democrates alter (o secundus),* del 1547, che (specialmente a causa dell'opposizione di Las Casas) non ottenne il permesso di pubblicazione. Fu stampato per la prima volta solo nel 1892 a cura di Menéndez Pelayo, con il titolo *Democrates alter, sive dialogus de justis belli causis adversus Indos,* nel « Boletín de la Reai Academia de la Historia » (tomo XXI). Il primo dialogo *Democrates* di Sepùlveda *(De convenientia militaris disciplinae cum christiana religione dialogus qui inscribitur Democrates)* era stato pubblicato a Roma nel 1535; cfr. T. Andrés Marcos, *Vitoria y Carlos V en la soberanía hispano-americana,* Salamanca, 1937, pp. 178 sgg.; inoltre E. Nys, *Les publicistes espagnols du XVI' siècle et les droits des Indiens,* in « Revue de droit international et de législation comparée », XXI, 1889, p. 550.

La letteratura su Sepùlveda è nel frattempo aumentata enormemente. Non ho potuto vedere il libro di M. García Pelayo, *Juan Gines de Sepùlveda y los problemas jurídicos de la conquista de America,* Mexico, 1941. Sulla polemica tra Sepùlveda e Las Casas: Benno Bierman O.P., in « Die neue Ordnung », 2, 1948, pp. 36-37, e Honorio Muñoz O.P., *Vitoria and the Conquest of America,* 2ª ediz., Manila, 1938, p. 56 (per la disputa del 1550 a Valladolid, nella quale Sepùlveda fu sconfitto); infine J. Hòffner, *op. cit.,* pp. 169, 177-80.

5. « Non enim homo homini lupus est, ut ait Ovidius, sed homo »; così nella discussione del primo *titulus legitimus,* in chiusura della seconda *propositio (Relecciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria,* a cura di L.G.A. Getino, 3 voli., Madrid, 1933-1936, voi. I, pp. 384-85).

6. Questo concetto fu sviluppato nel secolo XIX soprattutto da giuristi inglesi (Travers Twiss, Hall, Phillimore, Westlake, Oppenheim). In epoca più recente cfr. sul problema l'opera di M.F. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law,* London, 1926, pp. 126 sgg. (dove si dice in generale: « Discovery gives only an inchoate title »). Dalla prassi dei tribunali internazionali, va soprattutto citata la sentenza del presidente Max Huber del 28 aprile 1928, circa la disputa tra America e Paesi Bassi per l'isola di Las Palmas, e inoltre il dibattimento del processo sulla Groenlandia di fronte alla Corte internazionale permanente dell'Aja (sentenza del 5 aprile 1933). Su ciò vedi Fuglsang, *Der Standpunkt der Parteien im Grönland-Konflikt,* in « Zeitschrift für Politik », 33, 1933, p. 748, e E. Wolgast, *Das Grönland-Urteil des Ständigen Internationalen Gerichtshofes vom 5. April 1933,* in «Zeitschrift für öffentliches Recht », VIII, 1933, p. 573; F. Bleiber, *Die Entdeckung im Völkerrecht* (Greifswälder rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 3), 1933, pp. 63-64.

7 Il passo si trova nell'edizione citata delle *Relecciones Teológicas,* voi. II, 1934, p. 333. In generale va detto che tutte le citazioni da Vitoria vanno fatte con riserva, per la difficoltà rappresentata dalla mancanza di un'edizione autentica, curata cioè dallo stesso Vitoria.

8 *Ibid.,* voi. I, p. 387; voi. II, p. 334.

9 *Vitoria y Carlos V en la soberanía hispano-americana,* cit. ; *Mas sobre Vitoria y Carlos V en la soberanía hispano-americana,* Salamanca, 1942; *Final de Vitoria y Carlos V,* Salamanca, 1943.

10. Vitoria non pensa minimamente a pretendere la revoca del diritto alla conquista, né a conferire a un altro popolo — ai Francesi o agli Inglesi - il mandato per una *restitutio in pristinum* e per la punizione di coloro che erano *in bello injusto versantes.* Anche qui la sua intenzione è essenzialmente rivolta alla verità dell'argomentazione più che non alla reale situazione storico-politica. Anche i diversi metodi pratici per l'esercizio del diritto di missione non risultano in lui distinti tanto chiaramente come lo saranno nella discussione successiva di questo problema, nel corso della quale si contrappongono tre diverse posizioni: la prima, annuncio apostolico senza uso della forza (punto di vista di Las Casas); la seconda, previa sottomissione dei popoli da convertire (prassi dei Conquistadores); la terza, lavoro di missione sotto protezione militare (punto di vista di Soto). Su queste tre vie *de procurando, salute Indorum,* cfr. soprattutto l'esposizione fatta dal missionario nel Perù José de Acosta, S.J. (1588), in J. Höffner, *op. cit.,* pp. 246 sgg.

11 Il disprezzo per i giuristi non era raro in quel tempo. L'università di Alcalá fu fondata nel 1510 dal grande Cisneros senza la facoltà di Giurisprudenza. « Nam a civilibus et forensibus studiis adeo natura sua abhorrebat, ut multi serio affirmantem audiverint, quidquid illius disciplinae pectore

concepisset, se si fieri posset libenter evomiturum ». Cfr. Marcel Bataillon, *Erasme et l'Espagne. Recherches sur l'histoire spirituelle du XVI' siècle,* Paris, 1937, p. 14.

12 Stando alle indicazioni di M. Bataillon *(op. cit.,* pp. 260 sgg.), Vitoria non può essere definito un erasmiano, e naturalmente neppure un antierasmiano. Alla conferenza di Valladolid del 1527 Vitoria sottolineò duramente i numerosi errori dogmatici di Erasmo (cfr. *ibid.,* pp. 273-74); ma per noi si tratta piuttosto dell'atteggiamento generale di Erasmo, particolarmente in relazione al problema della guerra. Come è noto, Menéndez Pelayo ha considerato Vitoria come un erasmiano, mentre Getino ha cercato di confutare questa idea (L.G.A. Getino, *El Maestro Fray Francisco de Vitoria. Su vida, su obra y su influendo,* Madrid, 1930, p. 101). Il nucleo della questione non sta tanto in particolari biografici e teorici, bensì nella diversità storico-spirituale (se così mi posso esprimere) dell'atteggiamento complessivo che ispira l'argomentazione di Vitoria, e nella sua tendenza alla neutralizzazione. Quando già il presente capitolo era stato concluso, sono venuto a conoscenza dell'importante conferenza di Alvaro D'Ors su *Francisco de Vitoria, intelectual* (in « Revista de la Universidad de Oviedo», 1947), che pone in evidenza a ragione la « neutralizzazione » presente nell'argomentazione di Vitoria (p. 12), affermando: « Vitoria liquida el orden de ideas que prevalencia en la Edad Media; liquida, en el campo del derecho de gentes, la concepción teològica, para dar peso a una concepción racionalista ».

13 « Quei giuristi che nel corso della disputa medioevale sul potere temporale e spirituale avevano assunto la veste di dotti arbitri, che consideravano la questione dell'esistenza classica del cristianesimo come puramente formale e tale da poter essere decisa a piacimento e senza danni tanto con un *prò* quanto con un *contra,* costoro erano già i precursori dei

moderni avvocati, i quali credevano pure, ad esempio, di salvaguardare la vita statale ».

14 Per il tardo secolo XVII sono particolarmente istruttive le tesi strasburghesi di Johann Paulus Silberrad, sostenute nel 1689 sotto la protezione di Johann Joachim Zentgrav. Il ragionamento sulla guerra giusta vi è mantenuto, ma — con riferimento a Pufendorf — viene riconosciuto anche ai principi non cristiani il diritto a impedire l'accesso nel proprio paese (Silberrad, *De Europaeorum ad Indorum regiones jure contra Franciscum a Vitoria*, Argentorati, 1689, p. 15).

15 Nei suoi *Institutes of International Law* del 1883-84 (tradotti in francese da Nys) Lorimer aveva menzionato quali fondatori del diritto internazionale Vitoria, Soto e Suàrez.

16. Tra gli scritti di Ernest Nys, ricordo qui: *The Papacy Considered in Relation to International Law* (tradotto dal Rev. Ponsonby), London, 1879; *Le droit de la guerre et les précurseurs de Grotius,* Bruxelles, 1882; *Les droits des Indiens et les publicistes espagnols,* Bruxelles, 1890; *Les origines du droit international*, Bruxelles, 1894.

17. Le conferenze di Camilo Barda Trelles all'Académie de droit international dell'Aja (« Recueil des Cours », XVII, 1927) costituiscono a questo proposito l'apertura più energica agli occhi dell'opinione pubblica mondiale. Già nel 1925, in una conferenza a Salamanca, Barda Trelles aveva addirittura celebrato in Vitoria il precursore della dottrina di Monroe (« L'America agli Americani »). Il vangelo della dottrina di Monroe, che autori come A. Alvarez hanno celebrato come il « vero vangelo del nuovo continente » *(Droit international américain,* 1910, p. 33), non è però certo del tutto identico a quello difeso con energia da Vitoria. Nel 1928 apparve a Valladolid uno scritto di J.B. Scott relativo alle origini spagnole del diritto internazionale moderno e, nello stesso anno e luo-

go, un libro di Barda Trelles su Vitoria quale fondatore del diritto internazionale moderno. Nel 1930 il professore madrileno F. Prida pubblicò un libro in cui dimostrava l'influenza degli autori spagnoli sul diritto internazionale moderno; per altre indicazioni, cfr. R. Octavio nel « Recueil des Cours de l'Académie de droit international » dell'Aja (XXXI, 1930, pp. 218-19). A Utrecht un'associazione sorta all'interno dell'università locale proclamò poi Vitoria maestro indiscusso nella questione della colonizzazione (G.H.J. van der Molen, *Alberico Gentili and the Development of International Law,* Amsterdam, 1937, p. 270, nota 14); su ciò A.H. Böhm, *Het recht van kolonisatie, Francisco de Vitoria's lessen over het recht van kolonisieren in verband met de Spaansche kolonisatie,* Utrecht, 1936, e J. Baumel, *Les problèmes de la colonisation et de la guerre dans l'oeuvre de Francisco de Vitoria,* Montpellier, 1936. Queste notizie possono bastare nel nostro contesto. Una rassegna di ulteriore letteratura si trova in F.A. Freiherr von der Heydte, *Francisco de Vitoria und sein Völkerrecht,* in « Zeitschrift für öffentliches Recht », XIII, 1933, pp. 239-68; quindi nell'eccellente lavoro dell'ungherese L. von Gajzago sull'origine del diritto internazionale nella scuola spagnola (Budapest, 1942) e in J. Höffner, *op. cit.*

18 Idées modernes, droit international et franc-maçonnerie, Bruxelles, 1908.

19 *The Spanish Origin of International Law,* di cui è apparsa la prima parte: *Francisco de Vitoria and his Law of Nations,* Oxford, 1933; si tratta di una introduzione a un'edizione degli scritti di Vitoria. Nel « Georgetown Law Journal » (Washington, 1934) sono pubblicate delle conferenze di Scott con il titolo *The Catholic Conception of International Law* (pubblicati anche con il titolo *The Spanish Conception of International Law and of Sanction,* nel n. 54 degli scritti del Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1934).

Rinvìi ulteriori in von der Heydte, con Gajzago e Hòffner già citati.

3. *I titoli giuridici della conquista territoriale di un nuovo mondo. Scoperta e occupazione*

All'inizio del nuovo diritto internazionale europeo sta l'esclamazione di Alberico Gentile, che ingiunge ai teologi di tacere sulla questione della guerra giusta: *Silete theologi in munere alieno!*

a) *Lo Stato quale nuovo ordinamento territoriale*

Tra le conseguenze della Riforma vi era stata l'esclusione dei teologi dalla trattazione pratica dei problemi di diritto internazionale. Scompariva così una *potestas spiritualis* che era appartenuta all'ordinamento medioevale. I teologi medioevali non argomentavano da un *vacuum* in un *vacuum:* stavano tutti in un ordine istituzionale e ognuna delle loro parole può essere intesa solo concretamente, ovvero in quanto legata all'*ordo*. Ora invece, a partire dal secolo XVI, erano i giuristi (al servizio di un governo) a portare avanti le questioni di diritto internazionale, in parte su un piano teorico, mediante la secolarizzazione delle argomentazioni teologico-morali degli Scolastici in una filosofia « naturale » e in un diritto « naturale » di cui era portatrice l'universale ragione umana; in parte su un piano positivo-pratico, mediante l'impiego di concetti

del diritto romano, quali erano loro tramandati dalla scienza giuridica civilistica e dalla prassi legale del tempo. Da ciò risultava un'ibrida fusione tra le dottrine teologico-morali della guerra giusta di provenienza medioevale e i concetti di diritto civile puramente profani, che — come quello di *occupatio* — venivano applicati nella lotta per la conquista territoriale del nuovo mondo. Ma quanto allora appariva nella realtà del diritto internazionale relativamente al nuovo ordinamento concreto e alla limitazione della guerra non si sviluppava soltanto dalla continuazione di concetti teologico-morali, e tanto meno dall'impiego di norme di diritto romano. Sorgeva dall'ordinamento spaziale concreto che andava allora formandosi in Europa, cioè dallo *Stato* e dalla concezione di un equilibrio europeo di questi *Stati*.

Il diritto internazionale europeo-continentale, lo *jus publicum Europaeum*, fu essenzialmente — dal secolo XVI in poi — un diritto inter *statale* tra sovrani europei e determinò, partendo da questo nucleo europeo, il nomos del resto della terra. Quello di « statualità » non è quindi un concetto universale, valido per qualsiasi epoca e qualsiasi popolo, ma un fenomeno storico concreto legato a un'epoca determinata. La particolarità storica, unica e del tutto incomparabile, di quel fenomeno che viene chiamato in senso specifico « Stato » consiste nel fatto che esso è il veicolo della secolarizzazione. L'elaborazione concettuale del diritto internazionale di quest'epoca conosce dunque un unico asse: quello rappresentato dallo Stato territoriale sovrano. La nuova entità « Stato » elimina l'impero sacrale del Medioevo ed elimina inoltre la *potestas spiritualis* di diritto internazionale del pontefice, cercando di fare della Chiesa cristiana uno strumento per la propria politica e polizia statale. La stessa Chiesa romana si riduce a mera *potestas indirecta* e non parla più, per quanto mi è dato osservare, di *auctoritas directa*. Anche altre determinazioni sto-

riche territoriali della *respublica christiana* medioevale, istituzioni con un proprio senso come le « corone », perdono il loro carattere tipico e si avviano a essere utilizzate per lo sviluppo che porta allo Stato. Il monarca si trasforma da portatore sacrale di una corona in capo di Stato sovrano.

La Francia è la potenza che si pone alla testa di questo processo ed è il primo Stato giuridicamente consapevole della propria sovranità. La guerra civile tra le fazioni religiose viene superata per la prima volta proprio in Francia verso la fine del secolo XVI grazie al concetto della sovranità del re (in quanto capo di Stato sovrano). In Spagna e in Italia non si giunse mai a un'aperta guerra civile tra fazioni religiose. In Germania e in Inghilterra ciò accadde solo nel XVII secolo. I legisti francesi, con alla testa Jean Bodin, furono i primi a formulare quelle definizioni chiarificatrici diffusesi con rapidità incredibile in tutta Europa. Nel titolo dell'opera di Bodin *Six livres de la République* la parola *respublica* deve già essere tradotta con «Stato». Tale opera ha avuto un'influenza più vasta e rapida di ogni altro libro di ogni altro giurista nel corso di tutta la storia del diritto. Apparve nel 1576, ovvero quattro anni dopo il battesimo di sangue parigino della notte di San Bartolomeo (24 agosto 1572) e, assieme al concetto di Stato che essa definisce, è un frutto delle guerre civili di religione. In ciò consiste la verità esistenziale e la validità europea di questo sorprendente libro.

Solo pochi anni più tardi apparvero i trattati di diritto internazionale di Baltasar Ayala (1582) e di Alberico Gentile (1588), nei quali il nuovo diritto internazionale interstatale trovava la sua prima e-spressione. Avremo modo in seguito di trattare più dettagliatamente di questi veri fondatori del diritto interstatale che, nei loro concetti decisivi, sono già influenzati da Bodin. A questo punto della nostra e-sposizione è necessario invece vedere con chiarezza nella sua concreta parti-

colarità storico-internazionalistica questo onnidominante concetto di « Stato » sovrano. Poiché è lo Stato l'entità che scardina l'ordinamento spaziale della *respublica christiana* medioevale e lo sostituisce con un ordinamento spaziale del tutto differente.

Che né l'imperatore né il papa potessero conferire titoli giuridici per la grande conquista territoriale è un fatto appurato già da Francisco de Vitoria. Sono proprio autori spagnoli, come Soto e Vázquez, a confermarlo nel corso delle controversie del XVI secolo. Anche l'or ora menzionato Baltasar Ayala, che ad essi si richiama, non ha alcun dubbio in proposito, per quanto egli stia dalla parte cattolico-spagnola. La detronizzazione dell'imperatore e del papa significa, sotto il profilo scientifico e sociologico, la deteologizzazione dell'argomentazione. Praticamente essa non significa solo la soppressione dei concetti su cui poggiava l'ordinamento spaziale della *respublica christiana*, ma anche la rimozione della limitazione della guerra in essi inclusa. Essa significa al tempo stesso la fine della dottrina medioevale della tirannide, ovvero delle possibilità d'intervento dell'imperatore e del papa, e quindi la fine del diritto di faida e di resistenza, ma anche dell'antica « tregua di Dio » [*Gottesfriede*]. Ad esse subentrò una pacificazione statale. Questo tipo di Stato significa soprattutto la fine delle crociate, vale a dire dei mandati pontifici quali titoli giuridici riconosciuti per la conquista territoriale del suolo appartenente a principi e popoli non cristiani.

Ma tutto questo, in negativo, è soltanto la fine del Medioevo e non dice propriamente nulla circa il nuovo ordinamento spaziale che in Europa fu creato sulla terraferma grazie allo Stato. Il suo *specificum* storico, la sua autentica legittimazione storica, consiste, come si è detto, nella secolarizzazione dell'intera vita europea, ovvero in una triplice impresa. In primo luogo lo Stato crea chiare competenze al proprio in-

terno, in quanto esso sottopone i diritti feudali, territoriali, cetuali ed ecclesiastici alla legislazione, amministrazione e giurisdizione centralizzata di un signore territoriale. In secondo luogo lo Stato supera la guerra civile tra le

Chiese e le fazioni confessionali del tempo, e neutralizza la disputa interna allo Stato mediante un'unità politica centralizzata. La formula tedesca *cujus regio, ejus religio* esprime in maniera un po' cruda e primitiva, ma tuttavia estremamente chiara e pertinente nella sostanza, il nuovo legame tra confessione religiosa e ordinamento spaziale di un'entità territoriale chiusa.[1] In terzo luogo, infine, rispetto ad altre unità politiche lo Stato forma sulle fondamenta dell'unità politica interna da esso realizzata una superficie territoriale conchiusa, delimitata verso l'esterno da confini precisi e capace di regolare in modo specifico i rapporti esterni con altri ordinamenti territoriali similmente organizzati.

Nacque così l'ordinamento territoriale « Stato », spazialmente in sé chiuso e sgravato del problema della guerra civile tra i ceti, le Chiese e le confessioni. Esso divenne portatore di un nuovo ordinamento di diritto internazionale, la cui struttura spaziale è a sua volta determinata in rapporto allo Stato e statualmente. La sua peculiarità sta nel fatto che il suo diritto internazionale diviene un diritto tra Stati, interstatale *[zwischenstaatlich, interstata]*\ in senso del tutto specifico. Solo in seguito alla chiara delimitazione di superfici territoriali in sé chiuse si conforma nettamente uno *jus inter gentes,* e precisamente *inter gentes Europaeas,* anche se queste *gentes* appaiono ancora spesso sulla scena della storia europea nei loro costumi medioevali, quali principati, casati, corone e terre. Malgrado ciò, il nucleo spaziale del nuovo ordinamento europeo è già questa nuova entità dello Stato.

Da lungo tempo si è soliti distinguere lo *jus gentium* da uno *jus inter gentes.* Questa distinzione generale è in sé ovvia; è anti-

ca ed estremamente frequente nei teologi e nei giuristi medioevali e — in quanto antitesi astratta - non è in alcun modo una scoperta scientifica. Anche per Francisco de Vitoria essa non era nulla di nuovo. Il fatto però che le *gentes* diventassero ora Stati territoriali centralizzati, in sé chiusi e delimitati, dà origine a una nuova e chiara struttura spaziale. Lo *jus inter gentes* viene con ciò liberato dai vincoli extraterritoriali fino ad allora esistenti, come quello generale nei confronti della Chiesa, quelli relativi al groviglio feudale di rapporti di natura personale, e infine quelli relativi alle interferenze dei ceti e delle fazioni confessionali. Certamente, passa oltre un secolo prima che lo *jus gentium* si sia sbarazzato delle forme tramandate e sia diventato uno *jus inter gentes* puramente statale. « Casati » principeschi come gli Absburgo e i Borboni, ovvero grandi famiglie dinastiche, riunivano sotto di sé in un unico potere corone come quella boema, ungherese e altre, inoltre terre, diritti di successione e altri titoli giuridici, rimanendo fino a tutto il secolo XVIII i veri artefici della politica europea e quindi anche i veri soggetti del diritto internazionale. La maggior parte delle guerre europee erano condotte come guerre di successione e avevano la propria *justa causa* nel diritto dinastico. Ma questa è soltanto la facciata: già Filippo II di Spagna, nel corso della sua lotta per l'occupazione e l'annessione del Portogallo (1580), aveva ignorato, con consapevole e sovrana superiorità, questo tipo di qualificazioni giuridiche. Nel titolo dell'opera di Richard Zouch, *Juris et judìcii fecìalis sive juris inter gentes et quaestionum de eodem explìcatio* (Oxford, 1650), è chiara la struttura puramente statale del diritto internazionale: in esso *gentes* significa già « ordinamenti territoriali sovrani ».

La lotta per la conquista del nuovo mondo e del territorio extraeuropeo ancora libero diviene ora una lotta tra siffatte potenze europee, che sono degli « Stati » in questo senso spe-

cifico. Chi non ha la capacità di diventare uno « Stato » in questo senso è condannato ad arretrare. È commovente vedere come la prima grande potenza conquistatrice cui si deve l'inaugurazione di quest'epoca, la Spagna - o meglio, la corona di Castiglia e di Leon — si sia trovata per molti aspetti alla testa di uno sviluppo che doveva allontanarla dalla Chiesa e dal Medioevo, mentre essa restava contemporaneamente vincolata al titolo giuridico ecclesiastico che legittimava la sua grande conquista territoriale.

b) *Occupazione e scoperta quali titoli giuridici della conquista territoriale*

Come rispondono ora i teorici del nuovo diritto internazionale interstatale alla grande questione del titolo giuridico della conquista territoriale di un nuovo mondo? Decisivo è il fatto che essi vi rispondono non più come a una questione complessivamente europea, ma con gli occhi sempre e soltanto rivolti alla disputa tra le singole potenze conquistatrici europee. Solo pensando al loro interesse per la disputa *intrae*uropea relativa alla conquista di territorio non europeo si spiega perché essi si servissero del concetto di *occupatio* — che apparteneva al diritto civile romano, vedendo in esso l'autentico titolo giuridico — e perché disconoscessero completamente il reale titolo giuridico europeo: la scoperta.

In tanto il titolo giuridico dell'*occupatio* corrisponde alla realtà del tempo, in quanto esso presuppone che il territorio dei principi e dei popoli europei sia tenuto distinto, sul piano del diritto internazionale, da quello d'oltreoceano. Il territorio del nuovo mondo è liberamente occupabile. Da questa tesi i giuristi dei secoli XVII e XVIII evincono praticamente

che il territorio del nuovo mondo sia liberamente occupabile soltanto da parte degli Stati europei e che ovviamente, anche in seguito all'occupazione coloniale, il suolo delle colonie occupate diventi identico a quello europeo degli Stati occupanti, ma debba essere distinto da esso, sia nel caso di colonie commerciali, sia in quello di insediamenti coloniali. L'occupazione era pertanto in quel tempo qualcosa di essenzialmente diverso da ciò che in seguito, alla fine del secolo XIX, si sarebbe chiamato *occupazione effettiva.* Quella che nel tardo secolo XIX sarebbe stata definita l'« effettività dell'occupazione » consiste nell'incorporazione nel sistema politico e amministrativo di un membro statale riconosciuto dell'ordinamento giuridico internazionale. In altre parole: il tipo successivo di « occupazione effettiva » significa la soppressione dello status specifico di territorio coloniale e la sua trasformazione in territorio statale. Ciò non era neppure pensabile nei secoli XVI, XVII e XVIII, nei quali già il fatto che vasti spazi territoriali fossero conquistati e governati da compagnie commerciali indipendenti escludeva una simile equiparazione tra territorio statale europeo e status territoriale coloniale. Altro territorio coloniale fu acquisito nelle forme di una assegnazione di terre di tipo medioevale-feudale. Va comunque tenuto presente che l'elaborazione del concetto di *occupatio* quale titolo giuridico internazionale dell'acquisizione aveva soltanto il significato pratico di rendere il singolo Stato europeo occupante indi-pendente dai suoi concorrenti europei e di procurargli un titolo giuridico originario che nulla doveva a questi concorrenti europei. Nella stessa misura in cui la discussione giuridica si concentrava sul titolo dell *'occupatio,* la coscienza giuridica europea doveva dimenticare l'origine complessivamente europea dell'intera questione. Venne quindi completamente perduto di vista il grande problema cen-

trale: quello del carattere europeo complessivo della conquista di terre non europee da parte di potenze europee.

In realtà la giustificazione della grande conquista di territori non europei consisteva allora soltanto nella *scoperta*. Scoprire, *reperire, invenire,* ovvero *découvrir* mari, isole e terre fino a quel momento sconosciuti (nel senso di: sconosciuti ai sovrani cristiani): questo è l'unico vero titolo giuridico che resta al diritto internazionale eurocentrico una volta che si è disgregato l'ordinamento medioevale della *respublica christiana* ed è venuta meno ogni argomentazione teologica. E' certamente necessario riconoscere il nuovo concetto di scoperta, con le sue nuove qualificazioni tecniche, come *descobrimiento, découverte, discovery,* nella sua piena particolarità storica e spirituale. Che il semplice atto di scoprire una nuova terra fino ad allora sconosciuta allo scopritore non possa rappresentare *jure gentium* un titolo giuridico è facilmente comprensibile. Le numerose isole e terre che nel corso dei secoli e anche dei millenni erano state avvistate e forse persino toccate da audaci pirati o cacciatori di balene non per questo erano state « scoperte » nel senso del diritto internazionale. Anche atti simbolici indicanti la presa di possesso, come porre una pietra per contrassegno o innalzare una bandiera, non potevano « di per sé » fondare alcun titolo giuridico. Ma essi divenivano autentici titoli giuridici una volta inseriti nel quadro di un ordinamento giuridico internazionale riconosciuto, dal quale la loro forza simbolica fosse giuridicamente qualificata. La scoperta non costituisce dunque un concetto atemporale, generale e normativistico: essa resta invece vincolata ad una situazione storica (anzi, storico-spirituale) determinata, ovvero all'« epoca delle scoperte».

L'argomentazione di Francisco de Vitoria testimonia come la filosofia scolastica non avesse dato alcun valore proprio a questo concetto specificamente storico. Per Vitoria non fa al-

cuna differenza se sono gli Europei a scoprire territori indiani o se sono gli Indiani a scoprire territori europei. Si tratta per lui di processi reciproci e reversibili, e con questa reciprocità e reversibilità egli sopprime semplicemente il significato storico e giuridico-internazionale del concetto di « scoperta ». Infatti, il significato del titolo giuridico della « scoperta » sta nel richiamarsi ad una posizione storica più elevata da parte di chi è « scopritore » nei confronti di chi è « scoperto » — una posizione che assume a sua volta significati diversi a seconda che la superiorità sia vista nei confronti degli indigeni americani o invece degli antichi popoli non cristiani, come Arabi, Turchi ed Ebrei, considerati o meno *hostes perpetui*. Dal punto di vista di chi è « scoperto », la scoperta in quanto tale non è mai legale: né Colombo, né alcun altro scopritore si è mai presentato al cospetto dei principi dei paesi « scoperti » munito di un visto d'entrata. Le scoperte vengono fatte senza la previa autorizzazione di chi è scoperto. Il loro titolo giuridico consiste perciò in una superiore legittimità. Scoprire può soltanto chi sul piano spirituale e storico è tanto superiore da comprendere con il proprio sapere e la propria coscienza la realtà scoperta. Parafrasando un detto hegeliano di Bruno Bauer: scoprire può soltanto colui che conosce la sua preda meglio di quanto essa non conosca se stessa, e che può sottometterla avvalendosi di questa superiorità della propria cultura e del proprio sapere.

La scoperta di un nuovo mondo effettuata dai popoli europei nei secoli XV e XVI non è quindi un avvenimento casuale, e neppure una delle tante fortunate imprese di conquista che la storia conosce. Essa non era neppure una guerra giusta nel senso normativisti-co del termine, ma un'impresa del razionalismo occidentale ridestato a nuova vita: l'opera di un processo di formazione spirituale e scientifica che si era iniziato nel Medioevo, con l'apporto essenziale di sistemi di

pensiero che avevano rielaborato il sapere europeo antico e quello arabo alla luce della realtà europeo-cristiana, traendone una grande potenza storica. Le idee e i calcoli di Colombo sono ancora molto influenzati da concezioni inesatte e leggendarie. Ma la loro impostazione scientifica è innegabile. L'intensa consapevolezza scientifica che sta alla base delle scoperte è documentata altresì dalle conoscenze cosmografiche che andavano diffondendosi con sorprendente velocità in tutta Europa. E' dunque del tutto falso dire che allo stesso modo in cui gli Spagnoli scoprirono Aztechi e Incas, questi ultimi avrebbero potuto scoprire l'Europa. Agli Indiani mancava la forza conoscitiva della razionalità cristiano-europea, ed è solo una ridicola ucronia immaginare che essi avrebbero forse potuto fare rilevamenti cartografici dell'Europa pari a quelli di cui disponevano gli Europei per l'America. La preminenza spirituale era tutta dalla parte degli Europei, e in maniera così evidente che il nuovo mondo potè semplicemente essere « preso », mentre nei paesi non cristiani del vecchio mondo asiatico e nell'Africa islamica si potè sviluppare soltanto il regime delle capitolazioni e dell'extraterritorialità degli Europei.

Non si può confondere il grande titolo giuridico della scoperta, che apparteneva all'Europa nel suo complesso, con l'utilizzazione intraeuropea delle singole scoperte tra i concorrenti europei. La maggior parte dei giuristi scrisse i suoi libri esclusivamente nell'interesse di singoli governi europei contro i giuristi di altri governi europei e non ebbe quindi la possibilità di concepire esattamente il titolo giuridico-internazionale comune della conquista. In tal senso fu una sfortuna che i giuristi scacciassero i teologi dalla prassi del diritto internazionale europeo. Ma la prassi del diritto internazionale europeo del tempo conferma, malgrado ciò, il grande titolo giuridico comune della scoperta. Gli archivi cartografici ave-

vano una grande importanza non solo per la navigazione, ma anche per l'argomentazione giuridico-internazionale. Un rilevamento cartografico scientifico è in effetti un autentico titolo giuridico nei confronti di una *terra incognita*. Naturalmente tale titolo giuridico perde la propria evidenza quando mancano i presupposti spirituali sui quali si fonda la distinzione tra terre « note » e « ignote ». E ciò avviene non appena giunge l'ora storica di un altro titolo giuridico, completamente diverso, ovvero dell'« occupazione effettiva ». Questo titolo si affermò solo con il positivismo del secolo XIX. Ma anch'esso indica qualcosa di storicamente ben diverso dalle formule del diritto romano relative alla presa di possesso fattuale di cose. Purtroppo la mentalità giuridica dei secoli XVI e XVII non era all'altezza di capire il titolo giuridico della scoperta. Essa era in fondo ancora più astorica di quanto lo fossero stati i teologi scolastici e non riceveva alcun aiuto dalle formulazioni puramente civilistiche dei diritti reali.

c) *La scienza giuridica di fronte alla conquista territoriale di un nuovo mondo. In particolare Grozio e Pufendorf*

Cosa fecero dunque i teorici del diritto internazionale del tempo? Mantennero esteriormente numerose formule della Scolastica e della giurisprudenza medioevali, benché queste fossero nate da un ordinamento spaziale preglobale completamente diverso e presupponessero o concezioni prive di dimensione spaziale o un nomos di tutt'altro genere. A tali formule si aggiunsero inoltre concetti che si pretendevano puramente giuridici, cioè « civilistici », provenienti dalla Glossa tardomedioevale e dall'interpretazione umanistica di una spesso grossolanamente fraintesa antichità. Lo fecero non

tanto da eruditi, nello stile del loro tempo, quanto soprattutto da giuristi mossi dalle necessità reali e professionali del proprio ceto, di cui essi dovevano affermare la particolarità nei confronti dei teologi. Dovevano insomma procurarsi quali giuristi statali una propria argomentazione, di tipo giuridico-statale, specifica nei confronti dei teologi ecclesiali. Il risultato di ciò è facilmente immaginabile. Ogni governo europeo cercò di sfruttare a proprio vantaggio e a danno dell'avversario, nel corso della lotta interna all'Europa, le formule divenute prive di agganci alla situazione e i concetti del diritto civile romano. I grandi sistemi della filosofia del diritto sorsero solo in seguito, nell'epoca propriamente barocca. Dapprima il diritto bellico, nucleo di ogni diritto internazionale, e il diritto di legazione costituirono praticamente il fulcro della discussione. Inoltre ogni Stato venne concepito in grado di creare, mediante espliciti trattati, uno *jus publicum Europaeum positivo* che gli assicurasse la preminenza giuridica stabilizzando come diritto positivo europeo lo *status quo* che gli era favorevole.

Ma proprio i trattati e gli accordi più importanti, soprattutto quelli relativi alla creazione di un ordinamento spaziale, come la delimitazione di una cosiddetta linea d'amicizia, rimasero in un primo tempo segreti. Essi non furono dapprima neppure stipulati in forma scritta, ma consegnati semplicemente a clausole verbali segrete. Questo tipo di segreto rappresentò ovviamente una barriera insormontabile per ogni positivismo giuridico, anche se si riferiva a trattati o a ordini segreti. Dinanzi ad essi il teologo morale della Chiesa non era costretto a recedere; come padre confessore o come maestro di padri confessori era anzi particolarmente legittimato a intervenire e, quale organo di una *potestas spiritualis,* si trovava in realtà proprio nel suo elemento. Al contrario, il giurista statale non sarebbe neppure più riuscito ad avvicinarsi alla questione centrale, cioè la comune conquista di territori non

europei da parte di potenze europee. Alla problematica della scienza del diritto internazionale sarebbe mancata la capacità di operare le distinzioni principali, poiché dal tempo di Grozio e di Pufendorf non veniva più trattato giuridicamente il tema delle diversità di status territoriale e delle differenze all'interno del concetto generale di guerra.

Una simile scienza del diritto internazionale non poteva più mantenere la consapevolezza delle proprie premesse storiche. Essa si spaccò pertanto in due direzioni opposte: *da una parte,* una dottrina filosofica del diritto naturale (Pufendorf, Thomasius, Christian Wolff, Kant) cercò di produrre un sistema di pensiero indipendente da ogni segreto statale e posto su basi puramente speculative, in grado di conservare in questa forma una sorta di *potestas spiritualis.* Ciò condusse a elaborare su un piano teorico entità concettuali neutrali e umanitarie, come quella di « umanità » vista come un tutto e di *civitas maxima;* su un piano praticoconcreto, interno al diritto statale, condusse all'elevazione dello Stato di diritto borghese e della società borghese-individualistica a standard costituzionale su scala mondiale. *Dall'altra parte,* invece, un metodo di lavoro positivistico-pratico (Rachel, Textor, J.J. Moser, Kluber) fece del giurista una semplice entità al servizio del proprio Stato, un'entità posta cioè in funzione di una legalità dello *status quo,* fissata in accordi statali. Questo conferì al giurista una superiorità, rispetto a quella che gli dava il diritto internazionale filosofico, e che consisteva nella maggiore vicinanza al materiale positivo; ciò elevò il giurista di diritto internazionale al rango di un iniziato che aveva accesso agli *arcana* della politica estera.

I due più famosi e influenti esponenti del diritto internazionale del secolo XVII, Ugo Grozio e Samuel Pufendorf, si trovano in questa situazione storico-giuridica. Essi non sono affatto degli innovatori, nel senso che non sono stati loro a

creare i concetti fondamentali del nuovo diritto internazionale interstatale, in particolare il nuovo concetto di guerra. Questa fama non spetta a loro, ma ai giuristi degli ultimi decenni del secolo XVI, Baltasar Ayala e Alberico Gentile. Rispetto alla nuova chiarezza concettuale prodotta da Bodin, lo stile di Grozio significa da un punto di vista scientifico un regresso o quanto meno, per usare un eufemismo, un'espressione di « conservatorismo ». In una breve ma pregnante opera dal titolo *Suàrez, Grocio, Hobbes* (Coimbra, 1941), Paulo Merea ha definito esattamente la collocazione storico-giuridica della figura di Grozio. Grozio non è un innovatore, ma piuttosto colui che, mediante la sua « religione naturale », aprì alla giurisprudenza la strada verso l'illuminismo. La sua fama nel campo della storia del diritto gli appartiene « par droit de conquête ». Merea pone così Grozio tra Suàrez e Hobbes, ovvero tra i teologi scolastici e i filosofi moderni.

In una trattazione di diritto internazionale devono essere considerati gli autori che pensarono in modo specificamente giuridico: innanzitutto Bodin e poi Ayala, Alberico Gentile e Zouch, poiché furono loro a rendere fruttuoso per il nuovo diritto internazionale interstatale il concetto di *justus hostis.* In Grozio è presente un forte pathos generale di giustizia, ma manca tuttavia una sicura coscienza giuridico-scientifica dei problemi. Forse è proprio questo l'aspetto che procura all'autore la sua intramontabile popolarità. Da un punto di vista propagandistico ciò costituisce un indubbio merito pratico che non gli vogliamo contestare. Grozio e Pufendorf differiscono tra loro nello stile e nel metodo. Pufendorf, che nella sua veste di storiografo di corte non era certo lontano dagli *arcana*, dal punto di vista della scienza giuridica è invece un tipico rappresentante della tendenza filosofico-sistematica. Grozio al contrario, pur non possedendo ancora — come altri, ad esempio Richard Zouch - la chiara oggettività che è

propria del giurista pratico, a confronto dei grandi filosofi appartiene piuttosto alla tendenza pratica, poiché risponde a numerose questioni concrete senza un sistema ben strutturato e senza chiari concetti, però in modo citabile.

Ma per quanto il contrasto tra la tendenza filosofica e quella positivistica appaia grande, la questione centrale — ovvero il nuovo ordinamento dello spazio originato dalla conquista europea del nuovo mondo — non viene riconosciuta da nessuno di questi teorici del diritto internazionale. Tutti si perdono nella confusione che si viene a creare allorché le formule dei teologi — ancora legate all'ordinamento spaziale della *respublica christiana* medioevale — vengono combinate con i concetti, del tutto privi di dimensione spaziale, della scienza giuridica umanistica e con la nozione civilistica di proprietà del diritto romano. Solo nella seconda metà del secolo XVIII il problema spaziale dell'*equilibrio* europeo apparve evidente anche ai giuristi di diritto internazionale. Ma essi rimasero vincolati ad una prospettiva puramente intraeuropea, senza perlopiù comprendere che l'ordinamento dello *jus publicum Europaeum* era già un ordinamento globale. Di questo disconoscimento del problema di un ordinamento spaziale globale si sarebbero accorti i positivisti pratici, piuttosto che i filosofi umanitaristi, per i quali — pure — l'umanità doveva essere vista come un'unità. Ma anche in Grozio e in Pufendorf le linee globali del proprio tempo, in particolare le linee d'amicizia, sono menzionate in modo così occasionale e periferico, che le trattazioni di diritto internazionale dei due celebri giuristi già per questa ragione riguardano soltanto questioni secondarie, trascurando la struttura concreta del diritto internazionale europeo del tempo.

Ma almeno entrambi conservano pur sempre una certa memoria del fatto che vi sia stata una conquista territoriale. Naturalmente, la conquista concreta di territorio non euro-

peo da parte di potenze europee, che si era compiuta sotto i loro occhi, su scala immensa, nelle « Indie » occidentali e orientali, essi non la collegavano alle proprie concezioni del diritto di proprietà originario. Tuttavia Grozio divenne a questo proposito creatore o inventore di una nuova costruzione puramente giuridico-civilistica, che oggi è comune ed evidente a tutti i giuristi di diritto civile, anche se perlopiù senza che ne sia conosciuto l'autore. Grozio inventò infatti la distinzione tra acquisizione originaria e acquisizione derivata della proprietà sulla cosa. Questa distinzione trae origine dalla situazione mondiale del secolo XVII e viene pensata dal teorico olandese del diritto internazionale in seguito allo sforzo di trovare un nuovo nomos della terra, quale risultava necessario in seguito alla grande conquista territoriale. Qui venne tangibilmente in luce quella contrapposizione tra acquisizione originaria e derivata della terra. Infatti, malgrado i trattati conclusi tra scopritori e conquista-tori europei e principi e capi indigeni, nessuna singola potenza europea si sentiva investita del titolo giuridico di successore degli indigeni, ed era piuttosto disposta a considerare la propria acquisizione coloniale come originaria, sia nei confronti dei primitivi detentori non europei, sia nei confronti dei concorrenti europei. Dal punto di vista della storia del diritto privato la distinzione tra acquisizione originaria e derivata non è affatto antica; essa deve essere fatta risalire piuttosto proprio al capitolo del *De jure belli ac pacis* di Grozio che è qui in discussione, dunque all'anno 1625.[2] Tale distinzione è così divenuta uno dei casi più curiosi di sopravvivenza del diritto civile romano dovuta alla proiezione in una situazione internazionale giuridicamente non nota, proiezione che nondimeno avrebbe continuato a incidere speculativamente.

Grozio parla, in maniera del tutto generica e senza alcun preciso riferimento all'America, di una *divisio* intesa come

modo originario di acquisizione della proprietà, ricorrente in epoca antica. Con *divisio* egli intende la *divisio primaeva,* la prima originaria divisione e conquista del territorio. Il passo in cui egli esprime questo concetto sta all'inizio di un capitolo della sua opera principale e costituisce il punto di partenza per una successiva trattazione del diritto di acquisizione della proprietà, che tuttavia è relativo alla sola proprietà sulla cosa e ha un rilievo puramente civilistico.[3] Per quanto riguarda Pufendorf, questi conosce un modo dell'acquisizione originaria della proprietà che compare in lui come « presa di possesso comune da parte di una maggioranza di persone », e che egli distingue in quanto creazione di una « proprietà generale » dall'origine di una proprietà intesa in senso specificamente privatistico.[4] Ciò si avvicina già molto alla reale conquista territoriale.

Sfortunatamente, però, questi piccoli barlumi dottrinali sono destinati a svanire subito, giacché vanno a cadere nella discussione riguardante l'acquisizione della proprietà privata sulle cose. Non è certamente difficile di per sé distinguere la questione dell'acquisizione originaria della proprietà all'interno di una società ordinata e localizzata dalla questione, completamente diversa, della conquista di un determinato territorio ad opera di una società (con successiva « divisione »). Qualsiasi giurista può capire pure senza grande fatica che l'acquisizione di territorio mediante la conquista di un intero popolo è « originaria » in un senso ben diverso dall'acquisizione da parte del singolo membro della comunità. Sia Grozio che Pufendorf operano inoltre una distinzione tra *jus gentium e jus civile,* e sottolineano entrambi la distinzione tra potere pubblico (*imperium* o *jurisdictio)* e proprietà privata o civile di cose (*dominium)*. Nonostante ciò, nessuno di loro tratta il problema centrale, cioè la conquista europea di territorio non europeo. Essi lasciano lo *jus gentium* in quella penombra

che deriva dall'elevazione di concetti di diritto civile romano alla sfera delle universalità giusnaturalistiche. Ma il concetto di *occupatio* è da loro lasciato in una doppia penombra, tanto dal punto di vista del rapporto tra *jus gentium* e *jus civile,* quanto da quello del rapporto tra acquisizione di un *imperium* (o di una *jurisdictio)* sugli uomini e acquisizione di un *dominium,* ovvero di una proprietà privata sulle cose. Mentre Vitoria ha ancora in mente il problema centrale — la giustificazione in generale della conquista territoriale del suolo americano, inteso come processo *jure gentium* — questi pretesi fondatori del diritto internazionale moderno parlano sempre e soltanto di acquisizione di cose da un punto di vista generale.

Il titolo di acquisizione fornito dall'occupazione riguardava - come si è detto - solo il rapporto tra le potenze europee conquistatrici tra di loro. La prima questione giuridico-internazionale era tuttavia proprio quella di stabilire se le terre appartenenti a popoli e principi non cristiani e non europei fossero « libere » e senza sovrano, ovvero se i popoli non europei si trovassero a un grado organizzativo così basso da diventare oggetto di organizzazione da parte di popoli di grado più elevato. Era questo il problema che Vitoria si era posto con tanta chiarezza e a cui aveva dato risposta risolutamente negativa. Per la scienza del diritto internazionale dei secoli XVII e XVIII, al contrario, questo non è più un problema essenziale; l'interesse pratico di esso è concentrato sulla lotta intraeuropea tra gli Stati, che si era accesa sul suolo europeo in seguito alla conquista territoriale del nuovo mondo. I titoli giuridici dei Portoghesi e degli Spagnoli, che procedevano dal conferimento pontificio degli incarichi di missione, erano venuti meno. Per il solo rapporto che ancora interessava, quello dei conquistatori europei tra di loro, rimanevano quali unici titoli giuridici riconosciuti soltanto la scoperta e l'occupazione. Spesso però la scoperta poteva essere fatta passare

dai giuristi quale componente dell'occupazione.[5] Il semplice fatto di trovare una terra fino a quel momento sconosciuta agli Europei sembrava ai giuristi, che ragionavano secondo i canoni del diritto civile, un evento troppo incerto per poter immediatamente riconoscerlo quale fondamento per l'acquisizione. Essi pensavano, quando parlavano di occupazione, a cose materiali, come una mela, una casa o un terreno. Della libertà di missione e di propaganda, che in Vitoria aveva ancora un'importanza così decisiva, nel XVII secolo non si fa quasi più parola. In Pufendorf perfino il *liberum commercium* cessa di essere un elemento giuridico della *justa causa*. Lo si lascia così « giusnaturalisticamente » cadere per far spazio a un mercantilismo statale sempre più ovvio.[6]

Nel frattempo si era cristallizzata la forma spaziale in grado di reggere un nuovo diritto internazionale, lo *jus publicum Europaeum*.

Note

1 Questo principio corrisponde nella sostanza alla realtà dello Stato europeo, che aveva incominciato ad apparire fin dal XVI secolo, e il cui diritto più importante era ovunque lo *jus reformandi*, vale a dire la libertà di determinare la religione e la Chiesa dello Stato. *Religio est regula jurisdictionis*. Il principio *cujus regio, ejus religio* deriva forse la sua formulazione da un tardo stadio della guerra civile confessionale, latente o aperta, iniziatasi con la Riforma. Tali acute formulazioni cadono perlopiù come frutti tardivi dall'albero delle esperienze storiche. Johannes Heckel, in un saggio comparso nella miscellanea in onore di Ulrich Stutz *(Cura religionis; Jus in sacro; Jus cir-*

ca sacra, 1938, p. 234), ha ricondotto la formula *cujus regio, ejus religio* a Joachim Stephani, creatore del sistema episcopale e autore del primo manuale di diritto canonico protestante *(Institutiones juris canonici,* 2ª ediz., Frankfurt, 1612). Malgrado ciò, Heckel cerca di provare come il principio in questione abbia origine nella sostanza non da parte protestante, ma da parte cattolica. Nel nostro contesto tutte le questioni postume relative alla ricerca delle colpe sono prive di significato, così come pure in relazione alla formulazione moderna *cujus regio, ejus oeconomia,* che incontreremo più tardi, nella quale si rende visibile il nucleo dell'odierna problematica dei grandi spazi.

2 P. De Francisci, *Il trasferimento della proprietà,* Padova, 1924, p. 116; V.-A. Georgescu, *Acquisition de la propriété en droit romain* (Études de philologie juridique et de droit romain), Bucarest-Paris, 1940, pp. 336, 343, 390; su ciò W. Hellebrand in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung », Ròm. Abteilung, 1940.

3 U. Grozio, *De jure belli ac pacis,* libro terzo, capp. n e ni; il punto di partenza è la frase « Singulari jure aliquid nostrum fit acquisitione originaria aut derivativa. Originaria acquisitio olim fieri potuit edam per divisionem ».

4 S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium,* libro quarto, cap. vi (occupazione in forza del diritto del primo occupante).

5. J. Goebel, *The Struggle for thè Falkland Islands,* cit., pp. 115 sgg., loda il *Tractatus de insulis* di Johann Gryphiander (o Griepenkerl), del 1623, per aver ricostruito il diritto romano in un contesto moderno. Gryphiander parla di *invenire* e di *corporalis adprehensio,* intendendo che dove non vi è alcun *dominium* non vi è neppure alcun *territorium,* ovvero alcun *imperium* o giurisdizione del principe. Le argomentazioni di Gryphiander sono, a confronto con quelle di Grozio, piacevolmente chiare. Non credo però che egli abbia risolto il grande problema della conquista europea; Gryphiander infatti non fa che passare

con coerenza dal diritto privato al diritto pubblico, cosa che in molti casi della conquista olandese, francese e inglese corrisponde alla realtà, ma che non è pertinente per la conquista spagnola, la quale non aveva in sé nulla di privatistico, svolgendosi completamente nell'ambito del diritto pubblico.

6. S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium,* libro quarto, cap. v *in fine.*

III

LO «JUS PUBLICUM EUROPAEUM »

1. *Lo Stato come entità portante di un nuovo ordinamento spaziale della terra a carattere interstatale ed eurocentrico*

La comparsa di spazi liberi immensi e la conquista territoriale di un nuovo mondo resero possibile un nuovo diritto internazionale europeo a struttura interstatale. Nell'epoca interstatale del diritto internazionale, che va datata tra il secolo XVI e la fine del XIX, si conseguì un reale progresso: quello di circoscrivere e di limitare la guerra europea. Questo grande successo non può essere spiegato né con le formule della guerra giusta tramandate dal Medioevo, né con concetti di diritto romano. Esso si verificò solo perché si realizzò un nuovo ordinamento spaziale concreto, un equilibrio tra gli Stati territoriali del continente europeo in correlazione con l'impero marittimo britannico, avente sullo sfondo immensi *spazi liberi*. Con lo svilupparsi sul territorio europeo di parecchie formazioni di potere, territorialmente compatte e dotate di governo, di amministrazione centrale e di confini stabili, furono trovati i portatori adeguati di un nuovo *jus gentium*. Grazie al concreto ordinamento spaziale dello Stato territoriale il suolo europeo acquisì uno specifico status di diritto internazionale, valido tanto in se stesso, quanto in rapporto allo spazio del mare libero, e anche in rapporto a tutti i territori non europei d'oltremare. Fu così reso possibile per un periodo di tre secoli

un diritto internazionale comune non più ecclesiastico o feudale, ma appunto statale.

a) *Il superamento della guerra civile nella guerra in forma statale*

Il primo effetto di razionalizzazione operato dalla formazione spaziale dello « Stato » consistette, in politica interna e in politica estera, nella deteologizzazione della vita pubblica e nella neutralizzazione dei contrasti sorti dalle guerre civili di religione. Ciò significa che le formazioni di fazioni superterritoriali che avevano ispirato le guerre civili dei secoli XVI e XVII erano state eliminate. Le guerre civili di religione cessarono.

I contrasti tra le fazioni confessionali furono superati per via dello Stato mediante una decisione di diritto pubblico — non più ecclesiastica, ma statale e di polizia — su tutto l'ambito territoriale dello Stato. Per il nuovo ordinamento interstatale del continente europeo, che aveva avuto origine dalla conquista europea del nuovo mondo, e per le sue guerre intraeuropee la deteologizzazione ebbe una conseguenza evidente: la razionalizzazione e l'umanizzazione della guerra, ovvero la possibilità della sua limitazione giuridico-internazionale. Questa, come vedremo, sta nel fatto che il problema della guerra giusta viene separato dal problema della *justa causa* e posto sotto categorie giuridico-formali.

Fare in modo che la guerra diventasse in tutto rigore una guerra tra Stati sovrani europei, e che essa fosse inoltre statalmente autorizzata e statalmente organizzata, tutto ciò fu un'impresa europea. Fu il superamento della prepotenza confessionale, che nel corso delle guerre tra fazioni religiose dei secoli XVI e XVII aveva fornito i motivi della peggiore

crudeltà e della degenerazione della guerra in guerra civile. Persino nel Medioevo, quando ancora era presente un'autorità spirituale comune, si era mostrato il lato pericoloso della dottrina della guerra giusta. Il Concilio Latera-nense del 1139, ad esempio, aveva fatto il tentativo di limitare la guerra tra principi e popoli cristiani vietando l'uso di frecce e di macchine a lunga gittata. Questo divieto viene spesso citato ed è abbastanza noto. Meno noto, ma assai più importante, è il fatto che la Glossa avesse subito reso problematica l'efficacia di questo divieto, rovesciandolo anzi nel suo contrario, in quanto lo riferiva alla sola guerra ingiusta, mentre nella guerra giusta ogni mezzo era lecito alla parte che si trovava nel giusto. La connessione tra guerra giusta e guerra totale si fa qui già visibile.[1] Nelle guerre tra fazioni confessionali dei secoli XVI e XVII si era inoltre vista la connessione, non meno importante, tra la guerra giusta e totale e la guerra interna, cioè la guerra civile.

Ad entrambe, alla guerra di religione e alla guerra civile, si contrappone la guerra puramente statale del nuovo diritto internazionale europeo, al fine di neutralizzare e quindi di superare i conflitti tra i partiti. La guerra diventa ora una « guerra in forma », *une guerre en forme,* e ciò solo per il fatto che essa diventa guerra fra Stati europei chiaramente delimitati sul piano territoriale, ovvero un confronto tra entità spaziali raffigurate come *personae publicae,* le quali costruiscono sul suolo comune d'Europa la « famiglia » europea e possono quindi considerarsi reciprocamente come *justi hostes.* La guerra può divenire così qualcosa di analogo a un duello, uno scontro armato tra *personae morales* determinate territorialmente che stabiliscono tra loro lo *jus publicum Europaeum,* dividendosi il territorio dell'Europa e considerando - mediante questo ordinamento spaziale globale, ma ancora del tutto eurocentrico - la superficie restante, non europea, della terra come libera, vale

a dire liberamente occupabile da Stati europei. Il suolo europeo in modo particolare diventa il teatro di guerra, il *theatrum belli*, lo spazio delimitato in cui potenze statualmente autorizzate e militarmente organizzate misurano reciprocamente le loro forze sotto gli occhi di tutti i sovrani europei.

In confronto alla brutalità delle guerre di religione e di fazione, le quali sono secondo la propria natura guerre di annientamento in cui i nemici si discriminano l'un l'altro come criminali e pirati, e in confronto alle guerre coloniali, che vengono condotte contro popoli «selvaggi», tutto ciò comporta una razionalizzazione e un'umanizzazione di grandissima efficacia. Ad entrambe le parti in guerra compete con pari diritto un medesimo carattere statale. Entrambe le parti si riconoscono come Stati. Questo consente di distinguere il nemico dal criminale. Il concetto di nemico diviene capace di assumere una forma giuridica. Il nemico cessa di costituire qualcosa « che deve essere annientato ». *Aliud est hostis, aliud rebellis.* Diventa così possibile anche stipulare un trattato di pace con il vinto. In questo modo il diritto internazionale europeo riesce nell'impresa di limitare la guerra con l'ausilio del concetto di Stato. Tutte le definizioni che esaltano lo Stato, e che oggi per la maggior parte non vengono più comprese, risalgono a questa grande impresa, per quanto in situazioni successive possano apparire abusate e spiazzate. Un ordinamento internazionale che si fonda sulla liquidazione della guerra civile e che limita la guerra trasformandola in un duello europeo tra Stati, si legittima di fatto come ambito di relativa razionalità. L'uguaglianza dei sovrani fa sì che questi siano fra di loro partner bellici equiparati e tiene lontani i metodi della guerra d'annientamento.

Il concetto di *justus hostis* crea inoltre lo spazio per la neutralità giuridico-internazionale di Stati terzi. Anche ciò contribuisce alla neutralizzazione della giustizia sanguinaria

delle guerre di religione e di fazione. La giustizia di guerre condotte sul suolo europeo da *magni homines,* ovvero dalle *personae morales* dello *jus publicum Europaeum,* rappresenta un problema di tipo particolare. In nessun caso essa può essere considerata sul piano del diritto internazionale come problema teologico-morale della colpa. Giuridicamente essa non implica assolutamente più una questione di colpa, ovvero un problema di contenuti morali e soprattutto un problema normativistico della *justa causa.* Ovviamente nel diritto internazionale sono permesse soltanto guerre giuste. Ma la giustizia della guerra ora non consiste più nella concordanza con determinati contenuti di norme teologiche, morali o giuridiche, bensì nella qualità istituzionale e strutturale di entità politiche che si muovono guerra su uno stesso piano e che, malgrado la guerra, non si considerano reciprocamente come traditori e criminali, ma come *justi hostes.* Il diritto di una guerra sta, in altre parole, esclusivamente nella qualità dei belligeranti portatori dello *jus belli,* e tale qualità consiste nel fatto che a muoversi guerra sono dei sovrani aventi eguali diritti.

Anche se la summenzionata analogia tra la guerra interstatale e il duello non deve essere sopravvalutata, essa tuttavia è in buona misura calzante e consente l'apertura di numerose prospettive euristicamente illuminanti. Là dove il duello viene riconosciuto come istituzione, la giustizia di un duello consiste proprio nella netta separazione della *justa causa* dalla forma, dell'astratta norma di giustizia dall'*ordo* concreto. Un duello, in altre parole, non è giusto per il fatto che in esso vince sempre la causa giusta, ma perché nella tutela della forma sono assicurate determinate garanzie: la qualità delle persone duellanti, l'osservanza — che consente la limitazione della lotta - di una determinata procedura, e in particolare il ricorso paritario a testimoni. Il diritto è divenuto qui

forma compiutamente istituzionale, consistente nel fatto che uomini d'onore capaci di dare e di richiedere soddisfazione risolvono tra loro nelle forme prescritte un affare d'onore di fronte a testimoni imparziali. Una sfida a duello, un *défi,* non è di conseguenza un'aggressione o un crimine, come non lo è la dichiarazione di guerra. Lo sfidante non è affatto necessariamente l'aggressore. Così si svolge nella sua forma ideale anche la guerra interstatale del diritto internazionale intraeuropeo, nella quale gli Stati neutrali fungono da testimoni imparziali. *Giusta nel senso del diritto intemazionale europeo dell'epoca interstatale è pertanto ogni guerra interstatale che sia condotta da eserciti militarmente organizzati appartenenti a Stati riconosciuti dal diritto intemazionale europeo, sul suolo europeo e secondo le regole del diritto bellico europeo* (cfr., sotto, pp. 179 sgg.).

b) *La guerra come relazione tra persone egualmente sovrane*

Ma da dove provengono tali nuovi uomini d'onore, capaci di dare e ricevere soddisfazione, che risolvono tra loro questo nuovo tipo di guerra? Un passo decisivo verso la nuova entità « Stato » e verso il nuovo diritto internazionale interstatale fu compiuto con la rappresentazione di entità di potere, territorialmente in sé chiuse, come *persone.* In questo modo esse arrivarono ad avere la qualità che dava senso all'analogia tra la guerra e il duello. Esse furono raffigurate come « grandi uomini », *magni homines.* Erano viste dalla fantasia degli uomini come persone realmente sovrane, non esattamente distinguibili dalle persone fisiche dei rappresentanti del potere, ovvero dai detentori delle corone antiche e nuove, da re e principi. Questi re e principi possono essere ora « grandi uomini», poiché sono divenuti assoluti. Essi si liberano dai vincoli me-

dioevali di tipo ecclesiastico, feudale e cetuale. In cambio entrano in un nuovo ordinamento spaziale, di cui esporremo la particolarità. Per la costruzione concettuale del nuovo diritto internazionale interstatale è importante la personificazione, poiché solo con essa i giuristi dei secoli XVI e XVII, formati sul diritto romano, trovano un punto di partenza per le loro teorizzazioni. Ciò ha una grande importanza. Infatti solo così la guerra diventa una relazione tra persone che si riconoscono reciprocamente in un rango. Solo così il concetto di *justus hostis,* trovato negli autori antichi, può assumere un nuovo senso concreto. A questo concetto di *justus hostis* compete una forza ordinatrice del tutto nuova, più alta di quella dello *justum bellum.*

Ovviamente l'origine di tali *personae morales* e di tali « grandi uomini » è stata determinata da motivi storicospirituali di vario genere, e un'influenza l'ha avuta anche quell'individualismo rinascimentale spesso nominato, dal tempo di Jacob Burckhardt in poi. Noi non vogliamo qui approfondire ulteriormente la questione.

Il fenomeno psicologico dell'individualismo rinascimentale è importante, ma non crea ancora di per sé un nuovo diritto internazionale.[2] Si tratta piuttosto dell'unione di un complesso di potere spaziale e di una persona dotata di rappresentanza. Dal punto di vista della storia delle idee il processo di personificazione di complessi di potere politico, spazialmente chiusi o no, è già in pieno svolgimento nel secolo XVI ed è fortemente incoraggiato dalla tendenza rinascimentale all'allegoria. La mentalità dei giuristi europei si abituò così alla personificazione dei poteri politici e parlò di Spagna, Inghilterra, Francia, Venezia, Danimarca come di grandi individui.[3] Ma solo con il barocco del XVII secolo si affermò pienamente la personalità dello Stato, rappresentativa e sovrana. Con la pace di Westfalia, dal 1648 in poi, anche la prassi

delle relazioni politiche si avvalse in qualche misura di tali costruzioni.

Ora lo Stato viene concepito giuridicamente come entità di un nuovo ordinamento spaziale e come soggetto di un nuovo diritto internazionale, imponendosi come concetto giuridico. Questo Stato è tuttavia essenzialmente uno spazio unitario, territorialmente chiuso, di suolo europeo, che viene contemporaneamente rappresentato come un *magnus homo.* Solo ora esso è « in forma», quale soggetto di diritto e quale «persona» sovrana. Solo attraverso una chiara delimitazione territoriale diviene possibile un ordinamento spaziale equilibrato, fondato sulla coesistenza di persone sovrane. I nuovi *magni homines* sono tra loro equiparati e si riconoscono reciprocamente come tali, ma la loro eguaglianza quali membri del circolo ristretto dei sovrani europei è qualcosa di diverso dall'eguaglianza che deriva dall'essere ognuno, anche il più piccolo di essi, un elemento nel sistema dell'equilibrio territoriale. Infatti questo ordinamento è « pubblico », *publici juris,* non soltanto per il carattere pubblico di quelle persone sovrane, ma soprattutto in quanto autentico ordinamento spaziale. Solo così esso potè fugare i resti dell'unità medioevale di una *respublica christiana* riconducendoli in parte ad una sfera intrastatale, in parte ad una sfera meramente privata.

Chi fossero propriamente, nella realtà concreta, questi nuovi *magni homines* che subentrarono in Europa alla *respublica christiana,* lo si vide praticamente ben presto. E' quanto fu deciso a partire dal XVI secolo in numerose guerre e in congressi, in battaglie o anche in controversie di rango e di cerimoniale. Malgrado ciò i sovrani europei restavano una famiglia unita nelle sue componenti personali dalla parentela e dal diritto di successione. Ancora nel secolo XVIII essi conducevano le loro guerre come guerre per la successione. Ma il punto di vista spaziale decisivo è quello dell'Inghilterra, va-

le a dire dell'equilibrio, visto dalla prospettiva del *mare*, tra gli Stati territoriali europei rappresentati quali persone sovrane. Senza di esso non vi è più alcun diritto internazionale europeo. I filosofi e i giuristi possono quindi discutere tra loro su come debba essere costruito il nuovo *magnus homo*. Possono più tardi porre anche la questione se debba essere la persona del principe nella sua funzione di rappresentante dello Stato o se sia invece lo Stato da lui rappresentato come unità territoriale a dover essere considerato quale autentico portatore e vero soggetto della sovranità e del nuovo *jus gentium* interstatale. Non ci si deve lasciare ingannare a questo proposito dalle rigide antitesi dei giuristi tedeschi del secolo XIX, i quali hanno esagerato, in maniera assai astratta, una simile distinzione tra persona del principe e persona dello Stato, sia dal punto di vista del diritto internazionale che da quello del diritto statale, per motivi di politica interna. Ma questi sono problemi assolutamente di secondo piano e in fondo soltanto postumi in confronto alla realtà predominante del nuovo ordinamento territoriale dell'Europa e della sua rappresentazione nella persona del « sovrano ».

Scienza giuridica significava a quel tempo scienza del diritto romano. La scienza del nuovo diritto internazionale non andava pertanto separata dalla scienza del diritto romano di allora. La scienza del diritto civile romano trovò ora nella *persona publica* dello Stato europeo il punto di partenza per la propria elaborazione concettuale. Essa procedette in quest'opera configurando le relazioni di vicinanza di tali persone — ossia la coesistenza concreta, adeguata all'epoca, di più ordinamenti territoriali sovrani — ora come una società, una *societas*, ora come un'associazione, una *communitas*, ora come una *famiglia* di persone sovrane tra loro equiparate, tentando di trarre da ciò conclusioni pratiche. Le persone sovrane sono in ogni caso, in quanto tali, creatrici e portatrici dello *jus*

publicum Europaeum e si comportano l'una con l'altra come individui umani anche se non come i « piccoli uomini », ovvero gli individui privati governati statualmente, ma come « grandi uomini » e *personae publicae.*

Le relazioni tra gli Stati sovrani diventano, in seguito alla personalizzazione, capaci di *comitas,* di cortesia, come pure di *jus,* di giuridicità. Anche qui le interpretazioni filosofiche e giuridiche divergono. Ma anche qui non ci si deve lasciar sviare, per problemi di secondo piano, dal carattere più spaziale che spirituale del nuovo *ordo.* Una questione secondaria di tal fatta è ad esempio la controversia tra chi pensa che tali « grandi uomini» siano posti l'uno di fronte all'altro nello « stato di natura » al di là di una linea d'amicizia e che questo stato di natura sia a sua volta (secondo Hobbes) rappresentato come una lotta asociale tra Leviatani o (con Locke) come una comunità già sociale di *gentlemen,* e chi concepisce invece le relazioni tra entità ritenute giuridico-positive secondo l'analogia con una *societas* o invece secondo quella con una *communìtas* di diritto civile.

In ogni caso l'analogia giuridico-internazionale tra lo Stato e la persona umana, la *intemational-personal anal-ogy,* domina d'ora in avanti sull'intero pensiero giusinternazionalistico. Tra tutte le costruzioni scientifiche, la dottrina hobbesiana dello stato naturale dei *magni homines* ha dimostrato la maggiore forza e verità storico-spirituale. Le due tendenze della scienza giusinternazionalistica, quella filosofica e quella giuridico-positi-va, si incontrano nella comune idea secondo la quale gli Stati sovrani, che vivono come tali l'uno di fronte all'altro nello stato di natura, possiedono il carattere di persone. Rousseau, Kant e ancora lo stesso Hegel (*Rechts-philosophie,* par. 333) parlano tutti di stato di natura tra i popoli (organizzati statualmente).[4] Solo così *lo jus gentium* diviene accessibile alla trattazione della scienza giuridica, formando una

nuova disciplina autonoma nell'ambito della facoltà di giurisprudenza. Solo con la personalizzazione degli Stati territoriali europei nasce una scienza giuridica dello *jus inter gentes* interstatale.

Da Hobbes a Leibniz fino a Kant, da Rachel fino a Klùber, tutti i più celebri autori affermano che gli Stati secondo il diritto internazionale vivono gli uni di fronte agli altri nello stato di natura come « persone morali » ; il che vuol dire che, senza una comune autorità istituzionale superiore, i portatori dello *jus belli* si fronteggiano reciprocamente quali persone sovrane di egual diritto e legittimità. Si può vedere in ciò una situazione anarchica, ma assolutamente non una situazione priva di diritto. E' certo qualcosa di diverso dalla situazione feudale, posta all'ombra di una *potestas spiritualis,* di faida o di diritto di resistenza, la quale pure non è affatto priva di regolamentazione giuridica. Poiché le persone sovrane sono « per natura », cioè nello stato di natura, uguali, hanno cioè la stessa qualità di persone sovrane, esse non hanno sopra di sé né legislatore né giudice comune. *Par in parem non habet jurisdictionem.* Poiché ciascuno di loro è giudice nella propria causa, è vincolato soltanto a trattati la cui interpretazione è affare di sua esclusiva competenza. Poiché ciascuno è sovrano alla pari di tutti gli altri, ciascuno possiede eguale diritto alla guerra, eguale *jus ad bellum.* Anche se si ammette che nella lotta che ha luogo nello stato di natura « l'uomo è lupo per l'altro uomo », ciò non ha alcun significato discriminante, poiché anche nello stato di natura nessuna delle parti che si trovano in conflitto ha il diritto di sopprimere l'eguaglianza attribuendo a se stessa la qualità di uomo, all'avversario invece quella di lupo. Come vedremo più avanti, sta qui il nuovo concetto — non più discriminante — di guerra, che permette di trattare gli Stati belligeranti come equiparati sul piano del diritto internazionale, ovvero come *justi hostes* posti sul medesimo pia-

no giuridico e morale, e di tenere quindi distinti i concetti di nemico e di criminale.

c) *L'ordinamento spaziale complessivo*

Ma come è possibile un ordinamento di diritto internazionale e una limitazione della guerra tra tali sovrani reciprocamente equiparati? A prima vista sembra che in questo diritto internazionale interstatale di sovrani equiparati tutto sia legato al filo sottile dei trattati con cui questi Leviatani vincolano se stessi: al *pacta sunt servanda* e all'auto-obbligazione contrattuale di sovrani che restano liberi. Questo sarebbe in effetti un tipo di diritto problematico e altamente precario. Sarebbe veramente un'associazione di egoisti e di anarchici, le cui auto-obbligazioni richiamano l'arguta immagine del giocoliere virtuoso nell'arte di liberarsi da ogni catena. Ma in realtà continuavano a esistere forti vincoli tradizionali, legati a considerazioni di natura ecclesiastica, sociale ed economica. Così il nomos di quest'epoca viene ad avere una struttura del tutto diversa e alquanto più solida. Le forme concrete, politico-pratiche, le istituzioni e le rappresentazioni che in quest'epoca interstatale si svilupparono per la convivenza dei complessi di potere europeo-continentali, consentono di riconoscere in maniera assai chiara che il vero e proprio legame effettivo, senza di cui non si dà alcun diritto internazionale, non consiste nell'auto-obbligazione - altamente problematica - cui si sottopone la volontà delle persone sovrane, che rimarrebbe al tempo stesso libera, bensì nella forza vincolante di un *ordinamento spaziale eurocentrico,* che comprende tutti questi sovrani. Il suo nomos ha il proprio fulcro nella divisione del suolo europeo in ambiti statali dotati di confini precisi. A ciò si collega

immediatamente un'importante distinzione: il suolo di tali Stati europei riconosciuti ha, dal punto di vista del diritto internazionale, un proprio particolare status territoriale. Esso è distinto dal suolo appartenente a principi e popoli non europei, che è « libero », vale a dire aperto alla conquista territoriale europea. Inoltre, in seguito alla nuova libertà degli oceani (completamente sconosciuta in questa forma al diritto internazionale precedente), nasce un terzo tipo di superficie. E' la struttura spaziale su cui poggia l'idea di un equilibrio degli Stati europei. Essa permette un diritto interno ai sovrani europei, sullo sfondo di immensi spazi aperti dotati di un particolare tipo di libertà.

Da un esame di questo nuovo ordinamento spaziale della terra appare chiaro che lo Stato territoriale europeo sovrano (la parola « Stato » va intesa sempre nel suo significato storico-concreto, legato all'epoca che va dal 1492 al 1890) rappresenta l'unica forma creatrice di ordine esistente in quel periodo. La limitazione giu-ridico-internazionale della guerra che era stata garantita dalla Chiesa era venuta meno nelle guerre di religione e nelle guerre civili confessionali. La sua forza ordinatrice operava ormai solo come *potestas indirecta*. Dall'unione di ordine spaziale dello Stato e forma organizzativa dello Stato dipende invece il fatto, che non cessa di stupire, che per due secoli sia riuscita una nuova limitazione delle guerre europee, essendo stato possibile realizzare il concetto di uno *justus hostis* e distinguere il nemico di diritto internazionale dal traditore e dal criminale. Lo Stato sovrano riconosciuto poteva rimanere, anche in guerra con altri Stati sovrani, uno *justus hostis* e terminare la guerra con un trattato di pace, e precisamente con un trattato di pace includente una clausola di amnistia.

d) *La dottrina hegeliana dello Stato e la dottrina rousseauiana della guerra*

Si sono citate innumerevoli volte le definizioni hegeliane dello Stato come « regno della ragione oggettiva e dell'eticità », consentendo o dissentendo su di esse, ma raramente si è stati consapevoli del fatto che le costruzioni teoriche di Hegel, che si suppongono tanto metafisiche, hanno un significato storico eminentemente politico-pratico. Esse sono in massimo grado ontono-me, ontologicamente giuste, e portano ad espressione una realtà storica di due secoli. Le formulazioni di Hegel, che si pretendono smarrite nella dimensione metafisica, sostengono infatti in ultima analisi che è stata la forma storica, spazialmente concreta, di organizzazione di quest'epoca - lo Stato - a operare, perlomeno sul territorio europeo, quale portatrice del progresso inteso come crescente razionalizzazione e limitazione della guerra. In questa prospettiva le parole di Hegel dicono esattamente la stessa cosa che fu detta da un esperto e niente affatto stravagante uomo di Stato dello *jus publicum Europaeum,* Talleyrand, nella sua memoria a proposito del blocco continentale del 1805, ovvero che tutto il progresso del *droit des gens,* tutto ciò che l'umanità aveva fino ad allora sviluppato in generale nel campo del cosiddetto diritto internazionale, consiste in un'unica impresa, effettuata dai giuristi e dai governi del continente europeo nel corso dei secoli XVII e XVIII e continuata nel XIX secolo: la razionalizzazione e l'umanizzazione della guerra. Questa razionalizzazione e umanizzazione della guerra consiste, a sua volta, essenzialmente nel fatto che la guerra europea viene limitata, come guerra di Stati, al territorio europeo e viene concepita come relazione da Stato a Stato e da un esercito statale a un altro.

La sentenza di Talleyrand risale a una frase di Rousseau, che aveva influenzato pure le formulazioni, spesso citate, profferite da Portalis nel 1801, in occasione dell'apertura del tribunale francese delle prede.[5] La famosissima frase rousseauiana in questione si trova nel primo libro del *Contrai social* (1762) e suona così: «La guerre est une relation d'Etat à Etat». Potremo comprendere la genesi storico-spirituale di tale formulazione solo disponendo di un panorama dello sviluppo del concetto di guerra dalla fine del secolo XVI alla fine del XVIII. Lo faremo nel prossimo capitolo. Per ora limitiamoci a esaminare le ragioni con le quali Rousseau motivava la sua frase innovatrice.

Non potremo allora evitare una certa delusione: il filosofo, solitamente così esigente, lavora infatti qui con un artificio sorprendente e sin quasi primitivo. Sfruttando l'ambiguità che affligge la parola *état,* che può essere scritta maiuscola e minuscola, *État* ed *état,* Rousseau afferma che la guerra è uno stato, un « état de guerre » (con l'iniziale minuscola). Per questa ragione essa deve, in quanto *état,* risultare possibile solo « da État a État » (questa volta con le iniziali maiuscole). Questa è di fatto l'intera argomentazione. Non è priva di acutezza, ma ci si meraviglia che essa abbia avuto una tale risonanza. Rousseau aggiunge che da una guerra non possono sorgere affatto relazioni personali, ma soltanto reali (*relations réelles).* Perché? Perché la guerra è un *état* (di nuovo minuscolo). Lo Stato in quanto tale (maiuscolo), egli afferma di seguito, può avere quindi come nemico solo un altro Stato, e non uomini. Con tali giochi di parole tra *État* ed *état* si risponde in poche righe al grande problema mondiale della guerra. Questo pezzo virtuosistico di una *raison raisonnante è* offerto in un capitolo intitolato « De l'esclavage ». Il fatto che esso abbia avuto un tale successo è certo più importante degli argomenti, buoni o cattivi, che lo sostengono e può peraltro essere

spiegato. Infatti il grande effetto prodotto da quegli accenni a *État* ed *état* presuppone che si sia già interamente dispiegata la forza razionalizzatrice del concetto di *Stato,* e il capitolo citato di Rousseau appresta in questo senso veri e propri argomenti tipici della letteratura giuridica dei secoli XVII e XVIII, quasi a scuotere dall'albero dello spirito europeo i frutti maturi di un lavoro teorico durato due secoli. Questo lavoro teorico riguardava il concetto di *justus hostis,* che sarà illustrato più dettagliatamente, ricorrendo ad alcuni esempi, nel prossimo capitolo.

Una tragica ironia è insita nel fatto che proprio il *Contrat social* di Rousseau, con il suo concetto puramente statale di guerra, sia poi diventato la Bibbia dei giacobini, gli stessi che diffamavano la classica guerra puramente militare tra gli Stati del XVIII secolo come guerra a tavolino *dell'ancien régime,* è che rifiutavano come affare di tiranni e di despoti la liquidazione della guerra civile e la limitazione della guerra esterna, che erano state ottenute mediante lo Stato. Essi sostituirono la guerra puramente statale con la guerra di popolo e con la *levée en masse* democratica. Ma, in ogni caso, il successo della formulazione di Rousseau testimonia la vittoria del concetto di guerra interstatale, ristabilito nel secolo XIX attraverso l'opera di restaurazione del Congresso di Vienna. Lo Stato era diventato in quanto forma dell'unità politica qualcosa di ovvio e il senso di sicurezza dello Stato dell *'ancien régime* era talmente forte che un semplice gioco di parole tra *état* ed *Etat* era sufficiente a realizzare anche tra i diplomatici qualcosa di simile a una *communis opinio.* Questa *communis opinio,* persino dopo gli sconvolgimenti delle guerre napoleoniche, ebbe ancora la forza di ristabilire e di restaurare la limitazione specificamente statale della guerra per l'intero secolo XIX.

Così si ottennero in effetti, almeno per quanto riguarda la guerra territoriale sul suolo europeo, una limitazione e un

contenimento di essa. Il mutamento dalla guerra civile confessionale dei secoli XVI e XVII alla « guerra in forma », ovvero alla guerra tra gli Stati del diritto internazionale europeo, operò il miracolo. Dopo i massacri delle guerre tra fazioni religiose, lo Stato europeo e la riduzione della guerra territoriale europea a semplice guerra tra gli Stati si presentarono come un capolavoro della ragione umana. Per ottenerlo fu naturalmente necessario un faticoso lavoro giuridico. Ad esso dedicheremo un rapido esame, onde comprendere il fatto sorprendente che per due secoli non si ebbe sul territorio europeo nessuna guerra di annientamento.

Note

1 Cfr. *Decretalium Gregorii IX,* libro quinto, titolo xv: « De sagittariis »; E. Nys, *Les origines du droit intemational,* cit., p. 192 (sul decreto di Innocenzo II).

2 F. W. Jerusalem ha sottolineato a ragione il nesso esistente tra sovranità, individualismo, accresciuta consapevolezza, gloria e prestigio nel suo *Völkerrecht und Soziologie* (1921), e spesso anche nelle sue opere sociologiche.

3 Gli scritti di Traiano Boccalini sono un unico, grande esempio di questa personalizzazione allegorica. Venezia, la Francia, la Spagna, l'Inghilterra, sono altrettante « persone » che fanno la loro comparsa sulla scena parlando e agendo. Anche i drammi di Shakespeare, nella misura in cui è presente in essi un elemento politico, sono determinati dal medesimo principio della personalizzazione politica. E' quanto ha dimostrato in modo a mio giudizio convincente Lilian Winstanley, specialmente per l'*Otello* (*Othello, the Italian Tragedy,*

1924), tragedia particolarmente importante per la storia del termine « Stato » a causa dell'uso della parola *State* che in essa viene fatto.

4 Numerosi passi a riprova di ciò sono indicati nell'importantissimo saggio di Edwin De Witt Dickinson, *International-personal analo-gy,* in « The Yale Law Journal », XXII, 1916-17, pp. 564-89.

5 Cfr. B. Lassudrie-Duchène, *J-J-. Rousseau et ledroit desgens,* 1906; C. Hofer, *L'influence de Rousseau sur le droit de la guerre,* Genève, 1916.

2. *La trasformazione delle guerre medioevali (crociate o faide) in guerre statali non discriminanti (da Ayala a Vattel)*

La grande elaborazione teorica che era stata necessaria al diritto internazionale interstatale europeo non può essere giudicata a partire dalle formule isolate, già citate, di Rousseau o di Talleyrand. Vale piuttosto la pena di considerare lo sviluppo che dal secolo XVI al XVIII portò al cristallizzarsi di un concetto umanizzato di guerra. A questo scopo meritano una particolare attenzione alcuni grandi giuristi di diritto internazionale, i quali elaborarono il concetto di guerra tipico dell'ordinamento spaziale interstatale europeo. Costoro, rifacendosi direttamente a Bodin, ovvero all'autentico fondatore del diritto specificamente statale, nuovo per quel tempo, già alla fine del secolo XVI avevano chiarito il punto essenziale, vale a dire la limitazione della guerra mediante un nuovo ordinamento, specificamente riferito allo Stato.

a) *Baltasar Ayala*

Va ricordato in primo luogo Baltasar Ayala, che come consigliere giuridico del comandante dell'armata spagnola nelle province olandesi insorte pubblicò nel 1582 i suoi tre libri *De*

jure et officiis bellicis et disciplina militari. John Westlake, curatore dell'opera nei Classics of International Law (Washington, 1912), ha affermato nell'introduzione che Ayala fu più un erudito che un pensatore. Ciò è ben vero, nell'insieme. Tuttavia è già presente in Ayala, che cita spesso la *Respublica* e la *Methodus* di Bodin, l'effetto chiarificatore che è proprio in generale dello stile legistico bodiniano e, in particolare, del nuovo concetto della sovranità statale. Almeno nel primo libro dell'opera di Ayala, il distacco decisivo da Vitoria e dall'intero Medioevo è così evidente che non trova un corrispondente negli altri autori spagnoli del XVI secolo, come Soto, Vázquez e Covarruvias. Ayala, ispano-olandese, sottolinea naturalmente, nel prendere posizione contro gli Olandesi insorti, la differenza esistente tra le guerre condotte tra potenze statali sovrane e le guerre civili. Solo la lotta armata tra sovrani statali è guerra nel senso del diritto internazionale e può giustificare il concetto di *justus hostis.* Il resto è azione punitiva e repressione di banditi, ribelli e pirati.

La guerra privata è definita esplicitamente come una non-guerra. *Nam ad privatum non spectat bellum movere.* Se il privato oppone resistenza, deve essere considerato un ribelle, e il ribelle non *è justus hostis,* non ha alcun diritto di guerra, alcuno *jus postliminii;* non viene trattato come prigioniero di guerra e non può catturare prede belliche. *Aliud est hostis, aliud rebellis.* Ayala non intende concedere al ribelle neppure un diritto di legazione. L'intero problema della giustizia della guerra viene formalizzato nel modo più chiaro mediante il concetto di *justus hostis,* e spostato sul piano di una guerra bilaterale, condotta tra Stati sovrani. La questione del *bellum justum* viene nettamente distinta da quella della *justa causa. Justum bellum* è la guerra tra *justi hostes*: giusto significa in questo caso « ineccepibile », « perfetto » nel senso di « adeguato sul piano della forma », così come quando si parla di *justum matrimonium.* Gli

autori classici conoscono in questa accezione di perfetta adeguatezza formale persino uno *justus exercitus,* una *justa acies* e uno *justus dux.* La scienza giuridica umanistica del XVI secolo, in particolare con Alciato e Budé, lo ha sottolineato energicamente, e i fondatori del nuovo diritto internazionale interstatale si richiamano proprio alla definizione dei giuristi umanisti. Giusta nel senso puro della forma è solo la guerra pubblica, e precisamente ogni guerra pubblica condotta da sovrani posti sullo stesso piano come eguali, come *aequales.* Con grande chiarezza il concetto paritario e non discriminante di guerra, il *bellum utrimque justum,* viene sviluppato a partire dal concetto di nemico giusto per entrambe le parti. All'essenza dell'*hostis* appartiene l'*aequalitas.* Pertanto banditi, pirati e ribelli non sono considerati nemici, *justi hostes,* ma oggetto di azione penale e di repressione.

Questi princìpi sono esposti da Ayala con grande nitidezza nel primo libro, capitolo II, della sua opera, intitolato « De bello justo et justis belli causis ». In questo capitolo si ha la netta impressione di essere di fronte ad un pensatore, e non ad un semplice erudito umanista. Qui il giurista ispano-olandese sta in una situazione attuale: di fronte all'ordinamento statale europeo in formazione, il cui senso storico consiste nel superamento della guerra civile confessionale. Il secondo libro (capitolo I) è invece di valore nettamente inferiore. Esso descrive dettagliatamente come una guerra possa essere intrapresa solo per una giusta ragione, *non nisi ex justa causa,* e lo fa nello stile dell'erudizione retorico-umanistica con un florilegio di citazioni. Ma ciò nulla toglie al fatto che il concetto di guerra si è completamente trasformato rispetto al Medioevo grazie al passaggio alla guerra interstatale. Questa trasformazione si fondava su quattro argomenti, preparati già nella dottrina tardomedioevale, ma che ricevettero la loro forza dirompente nell'ambito della storia universale e del diritto in-

ternazionale soltanto con il concetto di sovranità statale di Bodin. Di questi quattro argomenti, tre sono già riconoscibili in Ayala e fanno della sua opera un punto di svolta nella storia del diritto.

Primo punto: il carattere giuridico di una guerra viene trasferito da considerazioni contenutistiche di giustizia nel senso della *justa causa* alle qualità formali di una guerra interstatale di diritto pubblico, condotta da sovrani portatori della *summa potestas.*

Secondo punto: il concetto di guerra giusta è forma-lizzato in quello di *nemico* giusto. A sua volta il concetto di nemico viene orientato completamente, nello *justus hostis,* attorno alla qualità di Stato sovrano, per cui -senza alcun riferimento alla *justa o injusta causa* — viene stabilita la parità e l'eguaglianza tra le potenze belligeranti e raggiunto un concetto non discriminante di guerra, poiché anche lo Stato sovrano belligerante senza *justa causa* rimane, in quanto Stato, uno *justus hostis.*

Terzo punto: la decisione se vi sia o non vi sia una *justa causa* diventa di competenza esclusiva di ogni Stato sovrano.

A questi tre punti formali, già chiaramente riconoscibili in Ayala, si aggiunge in maniera crescente, nel corso dello sviluppo successivo, un altro argomento tipicamente relativistico e agnostico. È la considerazione che è difficile, anzi addirittura impossibile, riconoscere in maniera univoca e convincente da quale parte stia *in concreto* la giusta ragione per intraprendere la guerra. Certo, Ayala non fa valere questo argomento e sottolinea, con riferimento alla questione della *justa causa,* che la guerra deve essere giusta per una parte e non può esserlo per entrambe. Questo si spiega con la tendenza a non concedere in alcun caso diritti ai ribelli. Ma già nel corso del secolo XVI i dubbi relativistici erano venuti alla luce.

b) *Dubbi sulla guerra giusta*

La dottrina medioevale della guerra giusta era diventata oltremodo problematica, ai fini del suo impiego pratico, a causa di un eccesso di clausole e distinzioni. Sant'Agostino aveva parlato della guerra nel libro XIX del *De civitate Dei* e nel magnifico capitolo vii di questo libro aveva affermato con parole toccanti che, per effetto dell'insufficienza umana, l'idea di guerra giusta rende l'idea di guerra ancora più deprimente per l'uomo saggio. Nel successivo capitolo VIII il santo lamentava poi quanto fosse terribilmente difficile distinguere esattamente tra amico e nemico. Tommaso d'Aquino (*Summa Theol.,* II, n, qu. 40) aveva stabilito quattro condizioni della guerra giusta: la pura finalità della pace senza odio né ambizione, la *justa causa,* la dichiarazione di guerra da parte dell'autorità legittima, e il divieto di ogni menzogna. In un'opera su questo tema, da noi già citata, viene detto in proposito: chi ha letto la descrizione della guerra giusta fatta da san Tommaso si può chiedere quante guerre siano mai state giuste, in generale, finora.[1] Dei molti *dubia* di Francisco de Vitoria sulla guerra giusta abbiamo già parlato. Anche qui ci si chiede quale guerra, nel corso dell'intera storia dell'umanità, abbia mai potuto essere realmente giusta dal principio alla fine, e non fa meraviglia che un moderno teologo sia giunto infine alla conclusione che solo i santi sono pienamente capaci di realizzare quell'unità di amore interiore e di lotta esterna che appartiene all'essenza della guerra giusta.[2]

Sotto l'influsso di nuove correnti spirituali, è ora in particolare il postulato della *justa causa* che viene disgregato dal proprio interno e in se stesso da riserve di carattere agnostico, scettico e decisionistico. Per quanto riguarda i motivi scettici

e agnostici, essi vengono in luce soprattutto negli umanisti. Sempre più spesso viene da loro sottolineato che è quasi impossibile decidere *in concreto* quale delle parti belligeranti si trovi realmente e pienamente nel giusto. Già Erasmo aveva trovato numerose formulazioni decisive per questo atteggiamento scettico, e si era chiesto: « Cui non videtur causa sua justa?». Questo interrogativo proveniva da uno scetticismo umanistico. Alberico Gentile espone dettagliatamente, in un capitolo specifico della sua opera dal titolo « Bellum juste geri utrumque » (I, 6), idee che vanno nella medesima direzione. Una corrente religiosa spiritualistica giungeva per motivi più profondi a una superiore comprensione « non partitica » [*ohnparteyisch*] del diritto e, a maggior ragione, del torto delle parti.[3] Le difficoltà pratiche cui va incontro il chiarimento della situazione di fatto riguardo alla *causa* di cui dispongono le due parti sono evidenti e insormontabili. Si dovette ammettere ovviamente la possibilità che entrambe le parti in guerra si potessero trovare dalla parte del torto. Il *bellum utraque parte injustum* era già stato una *crux* della dottrina medioevale. Ma può pur sempre sussistere anche la possibilità inversa di un *bellum utraque parte justum*, almeno nella convinzione soggettiva delle due parti; per non considerare poi l'eventualità di una guerra inizialmente giusta per una delle due parti, trasformatasi in seguito, per esempio a causa di rappresaglie sproporzionate, in guerra giusta per l'altra parte. Come s'è visto, ci sono ben poche guerre del tutto giuste. E come stanno le cose con la guerra giusta solo in parte? Chi deve risolvere tutte queste interminabili e intricate questioni di fatto e di colpa, per giunta nel caso delle guerre di coalizione e nell'epoca dei segreti della politica di gabinetto? Come deve informarsi un giudice coscienzioso, che sia non a caso anche il padre confessore di tutte le importanti parti in gioco, riguardo ai segreti di Stato e agli *arcana* delle parti belligeranti,

arcana senza i quali non si è mai data una grande politica? E quante probabilità rimangono ancora che entrambe le parti, sia pure in buona fede soggettiva, affermino di stare dalla parte del diritto e abbiano quindi buoni motivi di ritenere l'avversario, che approfitta del suo diritto su di una determinata materia, proprio perciò come un nemico ancor più pericoloso?

A questo atteggiamento scettico e agnostico si aggiunge poi, per il vero giurista dopo Bodin, la problematica *decisionistica,* legata al concetto di sovranità statale. Chi è infatti competente, in generale, a decidere autorevolmente sulle questioni, di fatto e di diritto, ovvie ma indirimibili, cui conduce la ricerca della *justa causai* II richiamo alla ragione giuridica e alla giustizia morale della propria causa e l'affermazione dell'ingiustizia dell'avversario servono solo a inasprire e ad approfondire nella maniera più crudele la contesa tra le parti belligeranti. Lo si era già imparato dalle faide dell'epoca feudale e dalle guerre civili confessionali per la verità e la giustizia teologica. Il sovrano statale mise però fine, mediante la sua decisione sovrana, a tali sanguinose prepotenze e a tali interrogativi sulla colpa. Questa fu la sua funzione storica, e anche storico-spirituale. L'interesse giuridico si era in realtà da tempo allontanato dai contenuti normativi della giustizia e dalla ricerca delle condizioni della *justa causa,* per dirigersi esclusivamente sulla forma, sulla procedura e sulla competenza. Qui, nel campo del diritto internazionale come pure in quello del diritto interno, si sollevò contro l'incessante prepotenza che stava dietro ad ogni affermazione di una *justa causa* la semplice questione: Chi decide?, il grande principio del *Quis judicabit?* Sia per i rapporti interni che per i rapporti esterni allo Stato, questi poteva essere soltanto il sovrano. Ma nel diritto interstatale i sovrani non incontrano alcuna istanza suprema e ultima di giudizio che stia sopra le parti, giac-

ché vale qui il principio dell'eguaglianza tra i sovrani. *Par in parem non habet jurisdictionem.* La *aequali-tas* dei « giusti nemici » conduce il terzo alla neutralità. Qui si può dunque avere soltanto un'unica risposta decisionistica; ogni persona statale sovrana decide da sé sulla *justa causa.* Lo Stato che non si decide resta neutrale, e inversamente: chi è neutrale si astiene dalla decisione sul diritto o sul torto dei belligeranti.

In questo modo la guerra europea tra gli Stati diventa un confronto armato tra *hostes aequaliter justi.* Come potrebbe essere decisa diversamente la questione della guerra giusta, data la mancanza di un'autorità spirituale? Deve forse essere il suddito di uno Stato belligerante a decidere sul diritto e sul torto del proprio governo? Ciò produrrebbe solo guerra civile e anarchia. O il singolo soldato? Produrrebbe solo sedizione e tradimento. O lo Stato neutrale, non implicato nella guerra, che cesserebbe però così di essere imparziale, ovvero neutrale e non implicato? Si deve costantemente ricordare a questo proposito che il senso storico dello Stato moderno consiste proprio nel fatto che esso pone fine all'intera disputa sulla *justa causa,* vale a dire sul diritto materiale e sulla giustizia materiale nel senso giuridico-feudale o cetuale o teologico-confessionale precedente. Così lo Stato sovrano diviene portatore del nuovo ordinamento spaziale entro il proprio ambito territoriale chiuso e delimitato, e diviene capace di superare la guerra civile mediante la decisione sovrana. All'interno di questo Stato non vi sono più nemici e i giuristi statali non sanno più che farsene del concetto di nemico.[4]

Lo Stato territoriale sovrano mette la guerra « in forma » non mediante norme, ma grazie al fatto che esso limita la guerra sulla base del principio della sovranità territoriale delle due parti, facendo della guerra una relazione tra ordinamenti specifici, spazialmente concreti e organizzati, ovvero riducendola ad azione militare sul suolo europeo di eserciti

statualmente organizzati contro altrettanti eserciti statualmente organizzati dalla parte opposta. Già numerosi autori medioevali avevano richiesto che la guerra fosse « pubblica » e che fosse condotta da un *princeps*. Ma costoro continuavano ancora a chiamare guerra anche la guerra privata. Quando invece Baltasar Ayala e Alberico Gentile affermano che « la guerra deve essere pubblica da entrambe le parti », ciò significa già che essa deve essere interstatale, e quando tali giuristi umanisti pretendono che la guerra venga condotta da « principi » per entrambe le parti, ciò significa egualmente che essa deve essere condotta da Stati territoriali sovrani. In questo nuovo concetto di *Stato* è concentrato tutto ciò che può essere detto sulla giustizia della guerra statale. La guerra non pubblica è la guerra non statale. Non solo essa è ingiusta, ma non è più nemmeno guerra nel senso del nuovo diritto internazionale. Può essere tutto il resto: ribellione, sedizione, turbamento della pace, barbarie e pirateria, ma non guerra nel senso del nuovo diritto internazionale europeo.

c) *Alberico Gentile*

Pochi anni dopo l'opera di Ayala apparve la prima *Commentatio de jure belli* di Alberico Gentile (Londra, 1588). Essa è stata ripubblicata — assieme alle due edizioni successive (1589) — nei Classics of International Law (Washington, 1931) in una riproduzione anastatica dell'edizione del 1612. La fortuna di Alberico Gentile, similmente a quella di Francisco de Vitoria, ha una storia a sé, non di egual grado e dimensione, ma pur sempre un esempio altrettanto bello del destino dei nomi nella scienza del diritto internazionale. La storia di questa fortuna non sarà qui trattata ulteriormente.[5]

Come nel caso di Ayala, anche in Gentile è riconoscibile l'influenza diretta di Jean Bodin. Solo grazie ad essa gli eruditi contributi conoscitivi di grandi giuristi, come Budé e Alciato, acquistano la loro attualità giuri-dico-internazionale. Molte importanti definizioni di Gentile concordano con quelle di Ayala: così, per quanto riguarda l'enfasi posta sul carattere pubblico della guerra, la netta separazione del concetto di *justus hostis* dalla questione della *justa causa* e l'*aequalitas* tra gli *hostes* in guerra derivante da questo concetto di giusto nemico. Tutto ciò in Gentile viene formulato in modo più preciso e consapevole che in Ayala, con una capacità di elaborazione giuridica molto maggiore e con un superiore razionalismo umanistico e uno stile incisivo. A ciò si aggiunge un materiale presentato in maniera estremamente viva, con innumerevoli esempi tratti dall'antichità classica, dal Vecchio Testamento e dall'attualità storica del tempo.

Particolarmente moderno appare il grande esempio dei molti pareri giuridici presentati intorno al 1580 dai pretendenti al trono portoghese, senza che Filippo II di Spagna o il suo padre confessore si lasciassero deviare dalla loro linea d'azione.

Risulta pertanto ben comprensibile il grande interesse storico per Alberico Gentile. Non è neppure infondato dire che fu Gentile a definire per primo come non-guerra la guerra privata (così H. Nézard), benché anche Ayala lo avesse fatto. Si viene così ad affermare un nuovo concetto di guerra, il quale è determinato dallo Stato sovrano, si basa sull'*aequalitas* tra *justi hostes* e non discrimina più tra i belligeranti a seconda del diritto o del torto insiti nella causa della guerra. Si verifica così, perlomeno nella consapevolezza scientifica dell'avanguardia spirituale di questo tempo, il mutamento decisivo. L'intero capitolo ix del primo libro del *De jure belli* di Alberico Gentile (« An bellum justum sit prò religione? ») rappresenta

un'unica animata polemica contro le guerre di religione e la dottrina della guerra giusta sostenuta dai teologi. Il capitolo x fonda poi il principio *cujus regio, eius religio,* congiunto a una riserva di tolleranza, secondo il modello di Bodin. Vi-toria è spesso citato, ma solo per argomentare contro la trattazione teologica della questione giuridico-interna-zionale della guerra. L'allontanamento dei giuristi da un diritto internazionale trattato in forma teologica trova qui la sua prima chiara espressione. *Silete theologi in munere alieno!* esclama Gentile per tenere lontani i teologi dalla discussione del concetto di guerra, di cui egli intende preservare il significato non discriminante (I, xii). E' lo Stato, quale nuovo ordinamento razionale, che si mostra qui come veicolo storico della deteologiz-zazione e della razionalizzazione. In due giuristi, Bodin e Gentile, esso realizza il primo stadio della propria autocoscienza nella scienza del diritto.

d) *Grozio sul problema della guerra giusta*

A confronto con il pensiero di questi due giuristi — per non parlare della successiva chiarezza sistematica e della grande forza concettuale di Thomas Hobbes — l'argomentazione di Ugo Grozio appare oscillante e insicura su tutti i punti decisivi. Grozio chiama addirittura ancora la guerra privata « guerra » nel senso giu-ridico-internazionale. Malgrado ciò Grozio è considerato l'autentico fondatore del « moderno » diritto internazionale. Anche qui — come già nel caso di Vitoria e di Alberico Gentile - la storia della sua fortuna costituirebbe di per sé un tema appassionante.[6] Ma non lo approfondiremo in questa sede e ci accontenteremo invece

di una precisazione sulle affermazioni spesso fraintese a proposito della guerra giusta da Grozio a Vattel.

Il motivo della confusione consiste, come già detto, perlopiù nell'incapacità di distinguere il concetto di *bellum justum*, quale concetto giuridico-formale di un ordinamento concreto, dalla questione contenutistica e materiale della *justa causa*, ovvero delle cause giuste di una guerra. Si trascinano così nelle trattazioni di diritto internazionale da Grozio a Vattel le formulazioni della guerra giusta provenienti dalla Scolastica, e si continua a sostenere che è lecito condurre una guerra soltanto *ex justa causa*. Ma questa è un'inutile ovvietà, perché ogni sovrano afferma di essere nel giusto e di avere ragione; perché già per motivi propagandistici egli non può dire nulla di diverso; perché manca qualsiasi istanza superiore di decisione e perché, malgrado le affermazioni riguardanti il requisito della giustizia, a ogni sovrano belligerante spetta il medesimo diritto di catturare prigionieri e prede. La guerra è allora considerata praticamente sempre giusta da entrambe le parti, quale *bellum utrimque justum*.

La pretesa giuridico-internazionale di condurre una guerra unilateralmente giusta desta interesse, nella nostra trattazione, soltanto da un unico punto di vista del tutto particolare. Si può infatti pensare che uno Stato belligerante voglia sostenere con l'accusa della guerra ingiusta che il comportamento del proprio avversario scardini radicalmente l'ordinamento spaziale interstatale del diritto internazionale europeo esistente, nel quale si situano le pretese giuridiche delle due parti, negando a quest'ultimo il carattere di *ordinamento complessivo* europeo. Questo è il senso di una dottrina che, prendendo le mosse dal concetto di equilibrio europeo predominante nel diritto internazionale del XVIII secolo, concludeva che le guerre contro i perturbatori dell'equilibrio dovevano essere permesse e considerate anzi «giuste» in questo specifi-

co senso spaziale.[7] Tale equilibrio fu realmente minacciato nelle guerre napoleoniche. Ma la minaccia fu poi superata, nel Congresso di Vienna (1814-15), mediante una ben riuscita restaurazione che rimase in vigore fino al 1914. Certamente i giuristi che dissertavano sulla *justa causa* pensavano perlopiù soltanto in termini normativistici, e non consideravano gli ordinamenti spaziali concreti. Al contrario, per politici e diplomatici l'ordinamento spaziale del diritto internazionale europeo costituiva un problema che si comprendeva da sé, anche senza disquisizioni giuridiche teoriche. Ma l'ordinamento spaziale, con la sua idea dell'equilibrio, aveva quale presupposto e fondamento essenziale il fatto che le grandi potenze europee del tempo, dal secolo XVII al XIX, disponevano praticamente di uno spazio libero di espansione coloniale esteso alla totalità dei territori situati fuori dell'Europa. Potevano pertanto, nelle loro teorie dell'equilibrio, lasciare da parte il problema fondamentale della struttura spaziale globale, ovvero il rapporto tra il territorio libero e il territorio non libero, che oggi non può essere più tralasciato, anche nel quadro di un'indagine storico-giuridica sulla realtà di questo periodo.

Tutti gli autori che vanno da Grozio a Vattel intendono tuttavia quella che secondo i loro presupposti è una guerra ingiusta come una reale guerra *jure gentium*, quando si tratta di una guerra tra Stati europei. Essi non pensano a scindere il concetto di guerra, a discriminare sul piano del diritto internazionale tra una parte belligerante giusta e una ingiusta, e neppure ad attribuire alla parte giusta un diritto di preda che non compete a quella ingiusta, ovvero a permettere al giusto di far uso di certe armi pericolose che l'ingiusto non può usare. Alla « guerra in forma » tra due *justi hostes* — dove *justus*, come già avevano sottolineato Ayala e Gentile, esprime soltanto una *perfectio* formale — mira in verità anche in Gro-

zio tutto ciò che di essenziale egli ha da dire sul tema della guerra giusta. Ma la confusione tra i concetti è in lui particolarmente grave. Egli mantiene in tutta la loro prolissità i modi di dire tradizionali relativi alla guerra combattuta *ex justa causa,* quasi che si fosse ancora in pieno Medioevo teologico. Parla ancora di « guerre private » e le considera come guerre nel senso del diritto internazionale. Ma nello stesso tempo aggiunge di non includere la giustizia nella definizione del concetto di guerra: «justitiam in definitione (belli) non includo ».

Vediamo ora qual è il giudizio di Grozio là dove la faccenda si fa effettivamente seria, cioè nel caso del diritto al bottino e alla preda. Lo *jus gentium* accorda allo Stato belligerante il buon diritto di far bottino e, nella guerra marittima, di catturare prede. Che il giusto potesse lecitamente fare bottino presso gli infedeli risulta già dal *Libro della Sapienza* (10, *20).* La connessione tra guerra giusta e guerra di bottino è senz'altro chiara. Per Grozio dunque il diritto di bottino presuppone una guerra giusta nel senso di una *justa causa*? Il diritto di bottino spetta solo al belligerante *ex justa causa* e non al suo avversario? La domanda è di importanza decisiva sul piano pratico, più di ogni altra cosa. A che giovano infatti le più belle pretese di *justa causa* se la potenza che conduce una guerra ingiusta e non combatte *ex justa causa* può, malgrado ciò, secondo il diritto internazionale riconosciuto, fare bottino e pure catturare prede al pari della sua avversaria che conduce una guerra giusta? Proprio a questa domanda concreta, che è senza dubbio più interessante di tutti i postulati generali sulla *justa causa,* Grozio risponde con una ovvietà che sbigottisce: chiunque conduca una guerra « in forma ufficiale » [*förmlicher Krieg],* e non solo — così aggiunge espressamente — colui che combatte *ex justa causa,* diviene secondo lo *jus gentium* proprietario di tutto ciò che sottrae al nemico.[8]

e) *Richard Zouch*

Il 1650 costituisce per molti motivi una data conclusiva ai fini della nostra storia concettuale del diritto internazionale e merita pertanto di essere esaminata per un istante con particolare attenzione. In questo periodo infatti vengono a cadere insieme, curiosamente sul territorio inglese, tre importanti fenomeni: in primo luogo uno scritto di Richard Zouch (1650) di grande interesse per la nostra trattazione; in secondo luogo la dittatura di Cromwell, e in particolare gli « Atti di Navigazione» del 1651; in terzo luogo la prima fondazione filosofico-sistematica della nuova entità *Stato* nel *Leviatano* di Thomas Hobbes. Al libro di Hobbes abbiamo accennato più volte. Per più di un secolo esso ha determinato tutto il moderno « pensiero sugli Stati». Tra gli autori giuridici del XVII secolo, Richard Zouch (1590-1660) — successore alla cattedra di Alberico Gentile — è divenuto famoso nella storia della scienza del diritto internazionale perché il suo libro *Juris et judicii fecialis, sive juris inter gentes et quaestionum de eodem explicatio,* già mediante la locuzione *inter gentes* presente nel titolo aveva portato a consapevolezza generale la nuova struttura interstatale del diritto internazionale europeo.

La formula *inter gentes* è antica e già più volte ci è capitato di incontrarla. Ma nel titolo del libro di Zouch essa viene intesa e fondata per la prima volta in modo sistematico. Questa espressione era già stata fissata in un quadro teorico chiaro e coerente da Zouch negli *Elementa jurisprudentiae* del 1629, nei quali l'autore distingueva le relazioni *a)* tra individui, *b)* tra sovrano e suddito, *c)* tra sovrani: una tripartizione che compare qui per la prima volta e che ha conservato la propria va-

lidità metodologica fino ai nostri giorni. In Zouch è chiaramente riconoscibile l'influenza di Bodin e, nello *jus inter gentes,* anche quella di Hobbes, entrambi del resto da lui citati. Zouch abbina ad un'esemplare capacità sistematica il senso pratico concreto tipico del giurista inglese. Egli distingue diverse specie di dominio: *dominatio, praepotentia* e *patrocinium,* collegando a essi diversi tipi di nemico. In questo modo riesce a venire a capo di quei tipi di guerra che non sono interstatali, e che quindi presuppongono diversi concetti non puramente interstatali del diritto internazionale. In tali distinzioni e cognizioni si riflettono le esperienze delle guerre coloniali, delle guerre civili confessionali e della nuova guerra interstatale, come era naturale in Inghilterra nell'epoca di Cromwell.

Il carattere particolare della guerra tra sovrani diviene così ancor più evidente. Nella settima sezione del suo libro, intitolata « De statu inter eos quibuscum bellum », Zouch distingue - a proposito di una controversia tra sovrani liberi ed eguali, vale a dire non legati tra loro da rapporti di *dominatio, praepotentia o beneficium* — i seguenti tipi di avversario:

1) *inimici,* ovvero avversari tra i quali non esiste alcuna *amicitia, o* comunanza giuridica, alcun *hospitium* e alcun *foedus* (come tra Greci e barbari, Romani e *peregrini);* essi non sono *hostes:* nel corso delle guerre tra tali *inimici* la proprietà non viene rispettata; ma Zouch aggiunge, richiamandosi a Bodin, che questo non vale più oggi tra noi, « ob eam quae homini cum homine intercedit humanitatis rationem » ;

2) *adversarii,* ovvero avversari tra i quali esiste una comunanza giuridica *(juris communio)* che solo la guerra scioglie, come ad esempio nel caso della guerra civile tra Cesare e Pompeo;

3) *hostes* in senso proprio *(proprie),* ovvero avversari che si possono ferire e uccidere, ma sempre distinguendo se questi

siano possessori degli *jura belli* o no, se siano *justi hostes* o no.

I traditori e i ribelli, che conducono una guerra contro i loro principi o il loro Stato, non possiedono — come i pirati sul mare — alcuni *jura belli.* Quali *justi hostes* sono intesi gli avversari di guerra nei confronti dei quali devono essere osservate le regole di guerra del diritto internazionale. Zouch cita qui, con riferimento ad Ayala e a Grozio, la frase di Cicerone: « Hostis est, qui habet rempublicam, curiam, aerarium, consensum et concordiam civium et rationem aliquam, si res ita tulerit, et pacis et belli ». Si tratta effettivamente di una frase di grande importanza, che va rettamente intesa eliminando ogni ambiguità dal termine *ratio* e ogni confusione in merito alla *justa causa,* giacché l'avversario che conduca la guerra per una « causa ingiusta » non può essere definito già per questo *injustus hostis.* L'essenziale è che la definizione della guerra proceda dal tipo di nemico. È questo che conferisce un grande significato generale a tali distinzioni del giurista inglese, come pure ai diversi tipi di dominio (*dominatio, praepotentia, patrocinium)* elencati nel medesimo capitolo.

f) *Pufendorf, Bynkershoek, Vattel*

Come già Grozio, Pufendorf è qui per noi interessante soprattutto per la sua posizione circa il diritto di bottino. In una guerra giusta ciò che si sottrae al nemico lo si acquista sia per fare giustizia, sia per essere risarciti delle spese di guerra, sia infine per indebolire l'avversario in misura tale che questi non possa più essere di danno. Ma, come è detto di seguito, chiunque « conduca la guerra disponendo di un'autorità pubblica e nel rispetto di ogni forma » *(bellum publicum et solemne)* diventa, per generale consuetudine, signore

senza limite di tutto ciò che sottrae al nemico, anche se il bottino supera largamente le sue eventuali legittime pretese.[9]

L'olandese Bynkershoek (1673-1743) appartiene con la sua opera già al XVIII secolo o, per meglio dire, all'epoca successiva alla pace di Utrecht (1713). Lo incontreremo nuovamente allorché discuteremo dell'ordinamento spaziale del mare libero. Qui egli deve essere citato per le chiare conclusioni che trae (nel trattato *De rebus bellicis,* 1737), dalla condizione di *aequalitas* tra le parti belligeranti, circa il diritto alla neutralità internazionale degli altri Stati. Il neutrale, che egli chiama *medius,* rimane *egualmente amico di entrambe* le parti belligeranti, cui è legato da un vincolo di *aequalitas amicitiae.* Questo obbligo di imparzialità e di eguale amicizia presuppone però che il concetto giuridico-internazionale di guerra sia separato e tenuto distinto nel modo più netto dalla questione della giustizia materiale e contenutistica, ovvero dalla *justa causa* delle singole parti belligeranti. Solo mediante la completa eliminazione della questione della *justa causa* è divenuto possibile il diritto internazionale interstatale dell'ordinamento spaziale europeo, costruito sul concetto non discriminante di guerra, e solo così si è riusciti nella limitazione della guerra europea. Quanto, naturalmente, fosse difficile mantenere questa separazione tra *justum bellum* e *justa causa,* lo si vede dal fatto che Bynkershoek stesso attribuisce al neutrale, legato da patti di alleanza a entrambe le parti belligeranti, il diritto di venire in soccorso di quella tra le due parti che, in conformità al patto di alleanza, possiede la *justiorem causam,* cosa sulla quale è il neutrale stesso che deve decidere. A ciò, che implica di nuovo una confusione riguardo alla chiara alternativa tra guerra e neutralità perfetta, è stato giustamente rimproverato di costituire una ricaduta nel mondo di idee che si era basato sulla *justa causa.*[10] Ma il passo può anche essere inter-

pretato diversamente, in armonia con la chiarezza concettuale che altrimenti predomina in Bynkershoek.

Con Vattel si riesce infine a cogliere la classica trasparenza illuministica del XVIII secolo. L'intera problematica è chiarita grazie al passaggio dalla questione di una giustizia contenutistica e normativa alla semplice «forma», ovvero alla pura statualità della guerra. Quanto resta delle espressioni linguistiche tradizionali relative alla guerra giusta perde ora il suo senso contenutistico ultimo, poiché nel XVIII secolo, all'epoca di Vattel, Stati europei come la Francia e la Prussia avevano sviluppato nel modo più netto la loro « forma ». Il sistema europeo degli Stati aveva trovato così la sua struttura stabile quale ordinamento spaziale di potenze territorialmente delimitate. Non più i legami precari tra volontà sovrane « autovincolantisi », ma l'appartenenza a un sistema di equilibrio spaziale avvertito come comune e capace di limitare in questa maniera la guerra europea costituiva l'autentico sostegno di questo ordinamento giuridico-internazionale. Fondamento era la superficie territoriale chiusa, dotata di un ordinamento specificamente statale. Il regno di Polonia, che non aveva superato lo stadio feudale né raggiunto la moderna organizzazione statale europea, non era uno Stato e quindi potè, nell'ultimo decennio del secolo XVIII, essere sottoposto ad una spartizione tra Stati. Esso non ebbe neppure la forza di opporsi con una guerra statale alle spartizioni e alle conquiste di territorio polacco avvenute a sue spese ad opera degli Stati confinanti (1772, 1793, 1795). Tuttavia la questione polacca mise successivamente in crisi, durante l'intero secolo XIX, l'ordinamento spaziale interstatale del diritto internazionale europeo e mantenne in vita, con effetti anche sul diritto internazionale, la differenza tra popolo (nazione) e Stato.

Come tutti gli autori del suo secolo, Vattel conserva alcuni luoghi comuni riguardo alla guerra giusta nel senso della *justa causa*. Ma nel secolo XVIII questi non sono altro che un vuoto *topos,* un vero luogo comune[11] e proprio in Vattel sono semplici espedienti retorici; ciò per il fatto che questo tipico illuminista del XVIII secolo sottolinea in maniera generale e in linea di principio che la guerra formalmente corretta tra gli Stati è già come tale, in quanto relazione interstatale, considerata egualmente giusta da entrambe le parti in tutti i suoi effetti giuridici, senza che si possano porre ulteriori domande circa la *justa causa*. « La guerre en forme, quant à ses effets, doit être regardée comme juste de part et d'autre ». Il diritto relativo agli effetti della guerra, in particolare il diritto di bottino e la validità giuridica delle acquisizioni fatte sotto la minaccia delle armi, non presuppongono in alcun modo l'esistenza di una giusta causa di guerra. Anche l'istituto giuridico del riconoscimento degli insorti come parte belligerante nella guerra civile è nato da questo principio e viene già formulato da Vattel nella sua prassi, che si sarebbe rivelata di grande importanza per l'epoca seguente (II, parr. 41, 56). Tutto ciò che è praticamente essenziale dipende invece esclusivamente dal fatto che la guerra è « una guerra in forma », *une guerre en forme*.[12] Nessuno ha il diritto di speculare sul carattere giusto di una guerra, né le parti in causa né i neutrali, a condizione che la guerra sia « in forma ». Ogni « giustizia » si riduce a questa « forma » e ciò significa agli effetti politico-pratici nient'altro che le guerre che vengono condotte sul suolo europeo da Stati territoriali chiusi contro Stati territoriali chiusi a loro eguali - le pure guerre statali - sono qualcos'altro dalle guerre cui prende parte un non-Stato: ad esempio popolazioni barbariche o pirati. Così si esprime Vattel: un uomo di Stato che conduca a torto una guerra « in forma ufficiale » non fa torto a nessuno dal punto di vista del

diritto internazionale, ma « pecca al massimo nei confronti della sua coscienza ».

Questa è la logica conseguenza della sovranità statale e della « parfaite égalité de droits entre les nations, sans égard à la justice intrinsèque de leur conduite, dont il appartient pas aux autres de juger définitivement». Il principio dell'eguaglianza giuridica tra gli Stati rende impossibile discriminare tra lo Stato che conduce una guerra statale giusta e lo Stato che ne conduce una ingiusta. Altrimenti un sovrano si trasformerebbe in giudice dell'altro, e ciò contraddirebbe l'eguaglianza giuridica tra i sovrani. Sulla medesima eguaglianza si fonda il diritto alla neutralità nelle guerre d'altri. Persino nella guerra civile l'alta qualità della statalità e la sua logica della neutralità continuano ad avere un effetto operativo. Proprio in Vattel fa la sua comparsa un istituto particolare del diritto internazionale interstatale: il riconoscimento degli insorti come belligeranti. Se i ribelli insorti sono riusciti a conseguire nel corso della guerra civile un dominio territoriale e un'organizzazione simile a quella statale, il governo di uno Stato terzo li potrà riconoscere come parte belligerante. Ciò è inteso come anticipazione di una *possibile* statualità, nel riconoscimento di uno Stato potenziale o di un potenziale governo statale. L'importante è ora che, almeno a partire da Vattel, tale riconoscimento della *belligerency* viene concepito come una dichiarazione di neutralità del governo che effettua il riconoscimento. Quest'ultimo intende rimanere imparziale nei confronti dei due partiti impegnati nella guerra civile, astenendosi dal giudizio sulla *justa causa*. La conseguenza singolare, ma logicamente necessaria, è che così i ribelli vengono riconosciuti come *justi hostes* da uno Stato terzo. Incontreremo nuovamente questo tipo estremamente importante di neutralità nella guerra civile allorché tratteremo (nella parte quarta, cap. 6) della guerra di secessione americana. In

quell'occasione discuteremo gli ulteriori problemi di tale istituto giuridico.

Questa logica, tipica di un diritto internazionale interstatale, si fonda sull'equilibrio della struttura spaziale che è caratteristica di uno Stato territoriale chiuso, impermeabile e dotato di confini stabili. Solo in apparenza la sovranità isola ogni singolo sovrano da ogni altro. In realtà l'*aequalitas* costringe tutti ad aver riguardo per tutti gli altri, a riconoscere la possibilità di una posizione neutrale e a trasformare la guerra, da cieca attività di annientamento reciproco, in misurazione regolata delle forze che termina con la realizzazione di un nuovo equilibrio. Il fondamento spaziale della limitazione della guerra richiede essenzialmente che la guerra resti nell'ambito dell'ordinamento territoriale europeo e del suo sistema di equilibrio. Un simile ordinamento giuridico-internazionale non rappresenta affatto un caos privo di regole costituito da egoistiche volontà di potenza. Tutte queste egoistiche formazioni di potere esistono le une accanto alle altre nel medesimo ordinamento spaziale europeo, all'interno del quale esse si riconoscono reciprocamente come sovrane e dove ognuno è equiparato a ogni altro, nella misura in cui costituisce una componente del sistema di equilibrio complessivo. Ogni importante guerra tra Stati europei riguarda di conseguenza *tutti* i membri della comunità statale europea. Ognuno può rimanere neutrale; ma può anche, in forza del proprio *jus ad bellum* sovrano, intervenire in qualsiasi momento. Si arriva da ultimo così alle guerre di coalizione e a trattative comuni nelle quali si afferma l'interesse comune all'ordinamento spaziale complessivo dell'equilibrio europeo. E' così che si perviene ad una limitazione della guerra sulla terraferma europea.

g) *Il nemico ingiusto in Kant*

Vattel ha ricavato dalla filosofia di Christian Wolff un manuale di diritto internazionale. L'impresa gli è riuscita, e il fatto che presso i diplomatici del tardo secolo XVIII la filosofia avesse un così gran seguito, parla a favore del loro livello intellettuale. Il successo che ebbe invece nel campo del diritto internazionale il filosofo che portò a compimento il XVIII secolo, cioè Immanuel Kant, è di tipo essenzialmente diverso, e si produce solo nel corso del XX secolo. Kant mostra qui un duplice volto. Da un lato egli formula in maniera definitiva gli esiti di quel periodo di sviluppo che abbiamo fin qui descritto: gli Stati stanno gli uni di fronte agli altri nello stato di natura quali persone morali equiparate, e ognuno di essi ha il medesimo diritto alla guerra. « Nessuna guerra tra Stati indipendenti può essere guerra punitiva *(bellum punitivum)* ». Tanto meno può essere guerra di sterminio (*bellum internecinum)* o guerra di soggiogamento (*bellum subjogatorium)*. Vale infatti « il diritto all'equilibrio nell'azione di tutti gli Stati contigui ». Dall'altro lato, però, Kant introduce in maniera del tutto sorprendente il concetto di *nemico ingiusto.* Quest'ultimo non può darsi certamente nello stato di natura, « poiché lo stato di natura è già in se stesso uno stato di ingiustizia ». Ma il filosofo opera a questo punto una completa confusione dell'antica dottrina dello *justus hostis,* quando così prosegue: « Un nemico giusto sarebbe colui al quale io mi contrapponessi a torto; ma questi non sarebbe allora neppure mio nemico ».

Non si potrebbe fraintendere più di così il concetto di nemico giusto. Ma Kant aveva già mostrato nel suo scritto *Per la pace perpetua* (1795) una chiara sensibilità per il carattere globale di un diritto internazionale che valga per quei popoli che, « non potendo espandersi all'infinito», debbono «alla fine tollerarsi reciprocamente ». Forse proprio da questa in-

comprensione traspare già la soppressione normativistica del diritto internazionale interstatale europeo, di cui tratteremo più avanti in un capitolo specifico (parte quarta, cap. 2, pp. 287 sgg.), e forse anche addirittura il presagio di un nuovo nomos della terra. Nella sua *Dottrina del diritto*, apparsa qualche anno dopo (1797), Kant definisce « nemico ingiusto » colui « la cui volontà, pubblicamente esternata (con parole o con azioni), *tradisce una massima* che, qualora diventasse regola generale, renderebbe impossibile lo stato di pace tra i popoli, perpetuando invece lo stato di natura ».

Ogni parola di questa frase merita la nostra più scrupolosa attenzione. E' infatti in gioco qui il concetto chiave dello *jus publicum Europaeum:* lo *justus hostis* assieme al suo apparente contrario, l'*hostis injustus,* che il filosofo di Königsberg scopre e ritiene tanto pericoloso da rendere — come Kant dice — « senza confini » il diritto di chi è da lui minacciato o anche di chi si sente da lui minacciato. Come possiamo noi riconoscere questo temibile nemico, nei confronti del quale il nostro diritto non ha confini? E' sufficiente una volontà, esternata *verbalmente,* ed è sufficiente che questa esternazione *tradisca una massima,* perché si giustifichi l'azione comune di coloro che si sentono minacciati nella loro libertà! Una guerra preventiva contro un simile nemico sarebbe ancor più di una guerra giusta. Sarebbe una crociata. Poiché abbiamo qui a che fare non già con un semplice criminale, ma con un *nemico* ingiusto, con uno che perpetua lo stato di natura.

Chi è questo nemico ingiusto? Non ci si riferisce certamente all'avversario che viola le regole della guerra e che infrange il diritto bellico, compiendo crimini e crudeltà. Nella definizione concettuale di Kant non si tratta di ciò. Il filosofo chiarisce la sua definizione, alquanto generica, con un esempio di comportamento contrario alla pace, mediante il quale viene reintrodotto lo stato di natura. « Un esempio simile

(sottinteso: di perpetuazione dello stato di natura) è costituito dalla violazione di pubblici trattati, che possiamo ritenere questione coinvolgente tutti i popoli, la cui libertà viene così minacciata ». Questo non è propriamente un esempio, ma piuttosto una ulteriore, assai astratta, clausola generale. Noi vorremmo però vedere *in concreto* chi sia il nemico ingiusto, allo stesso modo in cui in un altro passo caratteristico Kant ci fa vedere l'« inquisitore ». Ma qui il filosofo resta immerso tra le nuvole delle sue astrattezze e delle sue clausole generali, prudentemente formulate. *Quando* la libertà sia minacciata, *da chi* sia minacciata, *chi* in concreto decida su ciò, sono tutti interrogativi che restano aperti. Si dice soltanto che *a causa di ciò,* vale a dire a causa delle parole o delle azioni del nemico ingiusto, tali da minacciare la loro libertà, i popoli « sono chiamati a unirsi contro tale molestia e a toglierle (alla molestia) il potere (di minacciare la libertà) ».[13]

Queste parole presentano somiglianze con l'antica dottrina della guerra giusta, il cui risultato principale consistette nel fornire il titolo giuridico per una conquista territoriale. Ma Kant aggiunge ora, con una svolta sorprendente, che i giusti coalizzati contro il nemico ingiusto devono sì togliere a questo il potere di dar corso a nuove «molestie», ma «non al fine di spartirsi tra loro il suo territorio ». Abbiamo qui, ancora una volta, la grandezza e l'umanità di Kant, che rifiuta di riconoscere nella guerra giusta il titolo giuridico di una conquista territoriale. Egli nega che si possa « far sparire uno Stato dalla faccia della terra; ciò costituirebbe un'ingiustizia contro il suo popolo, il quale non può perdere il proprio diritto originario a unirsi in un'entità comune ». Tuttavia il vincitore può far accettare al popolo vinto « un'altra costituzione, che per sua natura sia sfavorevole alla propensione per la guerra ».

Kant mostra altrimenti una sensibilità spiccata per la logica dell'idea di nemico giusto. Immediatamente prima del passo che abbiamo qui trattato egli parla della conclusione della pace e dice: « Già nel concetto stesso di conclusione della pace è insito un collegamento con quello di *amnistia* ». Appare perciò ancora più sorprendente l'oscillazione tra riconoscimento e negazione dell'idea di nemico giusto che è presente nell'introduzione del concetto di nemico ingiusto. L'intensità della guerra giusta viene da ciò ancor più rafforzata e trasferita dalla cosa alla persona. Se sant'Agostino nella frase sopra citata (p. 183) del *De civitate Dei* dice che l'idea della guerra viene resa ancor più triste dal pensiero di una guerra giusta, allora la rappresentazione di una guerra ingiusta può soltanto accrescere ulteriormente questa tristezza, poiché essa prende di mira non l'azione, ma l'attore. E se gli uomini incontravano già tante difficoltà nel distinguere tra il nemico giusto e il criminale, come potranno non vedere nel nemico ingiusto il peggiore dei criminali? E perché mai questi viene ancora considerato avversario bellico nel diritto internazionale di guerra? Portata alle sue estreme conseguenze, l'identificazione di nemico e criminale avrebbe rimosso anche gli ultimi ostacoli che Kant ancora frapponeva al giusto vincitore, non intendendo egli ammettere che uno Stato scomparisse o che un popolo fosse privato del suo potere costituente. Alla fin fine si vede che Kant è propriamente un filosofo e un moralista, e non un giurista. Egli pone infatti accanto allo *justus hostis* il *nemico ingiusto,* ovvero un concetto la cui forte valenza discriminante va ancora più a fondo di quella insita nel concetto di guerra giusta o di *justa causa.*

E' possibile, sulla base della definizione kantiana del nemico ingiusto, rispondere alla questione di chi fosse *in concreto,* nella situazione mondiale del tempo (1797), il nemico ingiusto? Su quale fronte si trovava allora? Il nemico ingiusto era

forse la Francia rivoluzionaria? O la conservatrice monarchia absburgica? O la Russia zarista? O l'Inghilterra marittima? Oppure non esisteva allora alcun nemico ingiusto, e tutti erano giusti? Sulla scorta delle prudenti formulazioni e delle clausole generali kantiane non si potrà trovare una risposta sicura, ma piuttosto vi sarà il rischio di sollevare nuove controversie. Alcune parole di Kant alludono alla tensione rivoluzionaria alla libertà, altre all'istanza conservatrice della sicurezza. Kant non ha impostato la propria definizione del nemico ingiusto neanche sul concetto moderno di *agression o* di *crime de l'attaque.* Anche in questo senso egli non è giurista e appare più vicino ai teologi che ai giuristi.

Forse Kant ha pensato ad una guerra contro uno Stato che minacci l'ordinamento spaziale stesso nel suo equilibrio e contro il quale gli altri Stati conducano una guerra di coalizione al fine di ristabilire l'equilibrio: una guerra che, come si è accennato sopra (p. 191), era stata riconosciuta e posta in risalto quale caso particolare della guerra già nel secolo XVIII dalla scuola di diritto internazionale di Gottinga. Certamente i giuristi del secolo XVIII non hanno pensato, come invece ha fatto il filosofo, a contestare all'avversario di una simile guerra di coalizione il carattere di *justus hostis.* La creazione dei giuristi dello *jus publicum Europaeum,* il concetto di *justus hostis,* qui in Kant viene dunque negata nella prospettiva di un'etica filosofica così come in precedenza era stata negata dalla teologia, e viene infine soppressa mediante l'introduzione di guerre discriminanti.

Note

1 C. Journet, *L'Église du Verbe Encarné*, cit., p. 364, in nota. Journet dice che anche nel *regime sacrai* del Medioevo i crociati agivano « *en* chrétiens, mais non pas *en tant que* chrétiens ». Cfr., sopra, la nota a p. 41.

2 G. Thibon, in « Études carmélitaines », 1939, pp. 63-67 (citato da Journet, *op. cit.):* « Si la guerre éclate, il faudra — et ce ne sera pas chose facile, et seuls les saints en seront pleinement capables — que le chrétien allie sans cesse le désir de vaincre au souci de ne pas se laisser dénaturer - ou plutôt désurnaturaliser - par la guerre, il faudra qu'il réalise ce paradoxe de garder l'amour en faisant les gestes de la haine ».

3 Il concetto di « non partitico » appare per la prima volta in autori spirituali, come Sebastian Franck. Cfr. E. Seeberg e G. Arnold, *Studien zur Historiographie und zur Mystik*, Meerane, 1923, cap. iv (« Die historische Methode »), pp. 227-28.

4 « Per lo storico del diritto concetti come inimicizia (faida) e vendetta presentano una peculiare difficoltà. Ogni storia del diritto è alla fin fine storia dell'ordinamento giuridico *attuale*. Ma questo ordinamento non conosce l'inimicizia ». Così Otto Brunner, *Land und Herrschaft*, 2ª ediz., 1942, p. 30 [trad. it. di G. Nobili Schiera, *Terra e potere*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 39].

5 Dopo che T.E. Holland, suo successore alla cattedra di Oxford, lo ebbe riscoperto nel 1874, liberi pensatori italiani presero a considerare Alberico Gentile (assieme a Giordano Bruno) come un martire della libertà di pensiero. Attorno a questi anni (1875) si sviluppò una copiosa letteratura sull'autore e venne formato un comitato di studi a Oxford, sotto la presidenza di Sir Robert Philli-more. Un comitato « Albericus Gentilis » fu costituito nel 1876 in Olanda, presidente il professor Asser. Fallì però per le proteste dei veneratori olandesi di Grozio, e alla fine fece erigere a Delft una sta-

tua di Grozio. Che deliziosa vittoria del mito groziano! Solo nel 1908, nella ricorrenza dei trecento anni dalla morte, Alberico Gentile fu onorato con un monumento a San Ginesio, suo luogo natale. Di questi avvenimenti, interessanti per una sociologia della scienza giuridica internazionalistica, riferiscono H. Nézard (nella raccolta di scritti *Fondateurs du droit international,* 1904, p. 43) e G.H.J. van der Molen, *Alberico Gentili…,* cit., pp. 61 sgg.

6 Un contributo straordinariamente interessante per la storia della fortuna di Ugo Grozio è contenuto nello scritto già citato di P. Merea, *Suarez, Grocio, Hobbes* che ricorda giustamente come Grozio — volente o nolente - sia rimasto vincolato all'eredità scolastico-medioevale. Sulla fortuna di Alberico Gentile, cfr., sopra, pp. 141 sgg.

7 Cfr. Ludwig Wilhelm Kahle, *Commentatio juris publici de trutina Europae quae vulgo appellatur: Die Ballance von Europa,* Gòttingen, 1744. A questa scuola appartiene anche Gottfried Achenwall. Sul « ristabilimento dell'equilibrio in Europa con il Congresso di Vienna »: Joachim von Elbe, in « Bruns Zeitschrift », IV, 1934, pp. 226 sgg

8 « Caeterum jure gentium, non tarnen is, qui ex justa causa bellum gerit, sed et quivis in bello solemni et sine fine modoque dominus fit eorum quae hosti eripit » (*De jure belli ac pacis,* III, cap. vi, par. 2). Questo passo, assieme alle corrispondenti affermazioni di Vattel, che presto citeremo, domina la letteratura dei secoli XVIII e XIX. In A.W. Heffter, *Das europäisches Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen* (3ª ediz., Berlin, 1885, p. 203) è detto: « La guerra è giusta solo quando (e in quanto) è consentita l'autodifesa, benché sul piano degli effetti pratici guerra giusta e guerra ingiusta si equivalgano ». Nella nota relativa a questa frase, Heffter aggiunge: « Ciò viene riconosciuto da tutti, anche da coloro i quali hanno cercato timorosamente di definire le ragioni del-

la guerra giusta, affermando la responsabilità giuridica di chi conduce una guerra ingiusta, come per esempio Grozio e Vattel (III, parr. 183-84, 190). Quanto invece questo fosse infondato, proprio al fine della distinzione tra diritto naturale e diritto convenzionale, lo faceva già rilevare Cocceio a Grozio (III, 10, 3 sg.)».

9 Cfr. *De jure naturae et gentium,* VIII, cap. vi, par. 17.

10 Cfr. Kleen, *Lois et usages de la neutralità d'après le droit international conventionnel et coutumier des états civilisés,* 2 tomi, Paris, 1898-1900, tomo I, p. 220; Delpech, *Fondateurs du droit intemational,* 1904, p. 433 nota.

11 Cfr., sopra, la nota a p. 30.

12 Droit des gens, III, cap. xii, par. 190: « La guerre en forme doit être regardée quant à ses effets comme juste de part et d'autre »; par. 191: «Tout ce qui est permis à l'un, est permis à l'autre». Inoltre, cfr. i *Préliminaires* al par. 21 (sull'eguaglianza tra le nazioni).

13. Le citazioni nel testo sono tratte dalla *Rechtslehre,* parte seconda, (« Das öffentliche Recht »), parr. 57-61.

3. *La libertà dei mari*

Nella prospettiva dello *jus publicum Europaeum* ogni *terra* del globo è un territorio statale europeo o un territorio ad esso equiparato, oppure una terra liberamente occupabile, vale a dire un territorio statale (o colonia) potenziale. Nel secolo XIX si svilupparono per i paesi semicivilizzati o esotici forme giuridiche particolari, comprendenti l'extraterritorialità degli Europei e la giurisdizione consolare. Il *mare* rimane invece al di fuori di ogni ordinamento spaziale specificamente statale. Esso non è né territorio statale, né spazio coloniale, né zona occupabile. E' dunque libero da ogni tipo di autorità spaziale dello Stato. La terraferma viene suddivisa secondo chiare linee di confine in territori statali e spazi di dominio. Il mare non conosce altri confini che quelli delle coste. Esso rimane l'unica superficie spaziale libera per tutti gli Stati e aperta al commercio, alla pesca e al libero esercizio della guerra marittima e del diritto di preda, senza preoccupazioni di vicinato o di confine geografico.

a) *I due ordinamenti spaziali: terraferma e mare libero*

L'ordinamento eurocentrico del mondo, sorto nel secolo XVI, risulta così suddiviso in *due* diversi ordinamenti globali:

della terra e del mare. Per la prima volta nella storia dell'umanità la contrapposizione di *terra* e *mare* diventa il fondamento universale di un diritto internazionale globale. Ora non si tratta più di bacini di mare, come il Mediterraneo, l'Adriatico o il Baltico, ma dell'intero globo terrestre, geograficamente misurato, e degli oceani. Questa contrapposizione, del tutto nuova, di terra e mare determinò l'immagine complessiva di uno *jus publicum Europaeum* che cercava di estendere il proprio nomos ad una teria scoperta dall'Europa e conosciuta scientificamente. Qui stanno pertanto l'uno di fronte all'altro due ordinamenti universali e globali, il cui rapporto non può essere ricondotto a quello esistente tra diritto universale e particolare. Ognuno di essi è universale. Ognuno possiede il proprio concetto di nemico, di guerra e di preda, ma anche di libertà. La grande risoluzione complessiva del diritto internazionale dei secoli XVI e XVII culminò dunque nell'equilibrio tra terra e mare, nel *confronto* tra due ordinamenti che solo nella loro coesistenza piena di tensioni determinavano il nomos della terra.

L'elemento di congiunzione tra i due diversi ordinamenti della terra e del mare fu un'isola, l'*Inghilterra*. Di qui si spiega la singolare posizione inglese nei confronti del diritto internazionale europeo. Solo l'Inghilterra riuscì a passare da un'esistenza feudale e terranea medioevale a un'esistenza puramente marittima, in grado di bilanciare l'intero mondo terraneo. La Spagna rimase troppo legata alla terra e, malgrado il proprio impero d'oltreoceano, non si potè affermare quale potenza marittima. La Francia divenne uno Stato nel significato classico della parola, decidendosi per la forma spaziale specificamente territoriale della sovranità statale. L'Olanda si sarebbe « interrata » in seguito alla pace di Utrecht (1713). Al contrario di queste sue rivali, l'Inghilterra non era così profondamente implicata nella politica e nelle guerre euro-

pee di terraferma. Era, come sostiene John Robert Seeley, « the least hampered by the old world ». Portando a compimento il passaggio ad un'esistenza marittima, essa determinò il nomos della terra dalla prospettiva del mare.

L'Inghilterra divenne dunque la portatrice di una visione marittima universale dell'ordinamento euro-centrico, custode dell'altro aspetto dello *jus publicum Europaeum,* signora dell'equilibrio di terra e mare: un equilibrio che comportava l'idea di un ordinamento spaziale caratteristico di questo diritto internazionale. L'isola britannica restò parte di quell'Europa che costituiva il centro dell'ordinamento planetario, ma nello stesso tempo si staccò dal continente europeo venendo a costituire una posizione storica intermedia, grazie alla quale fu per oltre tre secoli *of Europe, not in Europe.* Il grande equilibrio di terra e mare produsse un equilibrio tra gli Stati continentali, ma impedì contemporaneamente un equilibrio marittimo tra le potenze di mare. Si ebbe pertanto un equilibrio continentale, ma non un equilibrio marittimo. Non si deve tuttavia per questa circostanza sottovalutare quel grande equilibrio di terra e mare che consentì il nomos di una terra dominata dall'Europa. Lo storico del diritto internazionale marittimo Hautefeuille si lamentava del fatto che vi fosse solo un *équilibre Continental.* « Il n'existe pas d'*équilibre maritime.* L'océan, cette possession commune à toutes les nations, est la proie d'une seule nation » *(Histoire des origines, des progrès et des variations du droit maritime,* 1869, pp. 471-72). Ma un equilibrio tra le potenze marittime avrebbe diviso il mare e distrutto il grande equilibrio di terra e mare che il nomos della terra consentiva nel quadro dello *jus publicum Europaeum.*

Gli Inglesi del XV secolo erano stati in parte cavalieri che facevano bottino in Francia, in parte pastori che commerciavano la lana con le Fiandre. Solo dalla metà del secolo XVI in poi apparvero su tutti gli oceani del globo i pirati inglesi, i

quali realizzarono le nuove libertà: in primo luogo le linee d'amicizia e la grande conquista territoriale, e quindi la nuova libertà dei mari, che divenne per loro un'unica grande *conquista di mare.* Essi aprirono la strada alla nuova libertà dei mari, che era una libertà essenzialmente non statale. Erano i partigiani del mare in un'epoca di transizione nella lotta tra potenze cattoliche e protestanti. Dice di loro H. Gosse, autore di un libro ricco di materiale sulla storia della pirateria: « Hanno fatto ricco un paese povero, ma hanno anche — cosa assai più importante — creato una razza di uomini di mare forti e tenaci (*a race of tough seamen)* che salvò l'Inghilterra dal suo stato di necessità, schiacciò il suo peggior nemico e fece dell'isola la superba signora dei mari ». In loro si cancellano i netti confini tra Stato e individuo, tra esistenza pubblica e privata, come pure quelli tra guerra e pace e tra guerra e pirateria. La Spagna li trattò naturalmente come pirati, nemici dell'umanità e criminali al di fuori di ogni diritto, ma anche il loro stesso governo — che pure accettava volentieri i loro servigi e doni — giunse talora per considerazioni politiche a ripudiarli e, all'oc-correnza, anche a impiccarli. Non protetti da uno Stato, essi agivano, nel senso più reale dell'espressione, a proprio rischio e pericolo. Essi affermarono due concetti di libertà dallo Stato, determinando così il lato marittimo dello *jus publicum Europaeum:* la libertà dei mari e la libertà del commercio marittimo, dove le navi erano essenzialmente non statali.

Questi due ambiti della non-statalità fanno parte del nomos della terra all'epoca di un diritto internazionale altrimenti puramente statale. A partire da queste due libertà noi dobbiamo esaminare ora più da vicino il significato immediatamente spaziale della libertà dei mari. Di quest'ultimo concetto si è parlato troppo, nel corso di una polemica durata quattro secoli. Da parte dei teorici del diritto internazionale

marittimo è divenuto inoltre consueto trattare il diritto di pace separatamente da quello di guerra, e inversamente, cosicché non si giunge mai alla consapevolezza dell'unitarietà del nomos. Ciò vale, purtroppo, e soprattutto, per l'ultima esposizione sistematica del diritto internazionale dei mari: la grande opera di Gilbert Gidel (1932-34), che si occupa soltanto del diritto dell'epoca di pace. Cerchiamo, malgrado ciò, di comprendere esattamente nella sua intera realtà il senso giuridico e le linee storico-giuridiche della nuova libertà dei mari.

b) *Il mare libero è « res nullius » o « res omnium » ?*

Occorre anzitutto osservare che si tratta di libertà che già alla loro origine sono subordinate a un nuovo mondo e all'apertura degli oceani. Ma i giuristi di quest'epoca di transizione — non diversamente dai teologi che si richiamavano alla Bibbia — necessitavano anch'essi di una parola scritta, di una *ratio scripta,* senza la quale non si sarebbero sentiti scienza « positiva ». Così insistettero sui modelli concettuali tradizionali del diritto romano. Essi complicarono il problema, attestandosi nella mentalità puramente terranea tipica delle culture dei mari interni antiche e medioevali, e portando avanti i concetti civilistici del *Corpus Juris,* della Glossa e della post-Glossa. Presero origine in questo modo i tentativi giuridici di comprendere giuridicamente il nuovo fenomeno per mezzo di formule tradizionali quali *res nullius, res omnium,* « cosa in uso comune » e simili ideogrammi. Anche taluni grandi giuristi inglesi del secolo XVII come Richard Zouch e John Selden persistono con tenacia britannica nelle antiche

formule e continuano così a pensare in modo ancora del tutto terraneo.

In realtà, mediante il riferimento ai nuovi mari non si affermarono tanto in questo secolo le categorie tradizionali del diritto romano, quanto qualcosa di completamente diverso, ovvero l'antichissima convinzione, originaria ed elementare, che il diritto e la pace hanno in genere luogo solo sulla terraferma. I concetti propri del diritto civile romano delle acque, sorti nel quadro di una cultura costiera, dovevano diventare un vuoto gioco di fronte ai nuovi oceani del globo. Un valente storico della lotta per il nuovo mondo riteneva che i pirati e i filibustieri dei secoli XVI e XVII avessero trasformato il principio secondo cui gli oceani appartenevano a tutti in una sorta di « liberazione dai vincoli morali e legali».[1] Ciò comporta una riduzione e una restrizione del grande fenomeno dell'*amity line.* Noi possiamo comprendere meglio la situazione reale se ci ricordiamo che ogni diritto vale come tale solo nel giusto luogo e che i popoli che avevano compreso realmente l'immane realtà del nuovo mondo avevano anche cercato di sperimentare il nuovo nomos di questo nuovo mondo. Abbiamo visto che sul mare non valevano originariamente né diritto né pace né proprietà. Questa libertà dei mari, *elementare* nel pieno significato della parola, si affermò nei nuovi grandi spazi degli oceani del globo. Persino un umanista rinascimentale come Alciato, al quale Alberico Gentile fa riferimento su questo punto, sapeva qualcosa di tutto ciò, come mostra il detto da lui profferito, che già sopra abbiamo citato: « pirata minus delinquit, quia in mari delinquit, quod nullae subicitur legi » .[2]

Che cosa possono mai significare i concetti di *res omnium* o di *res nullius,* riferiti al mare? Ancora nell'ultima esposizione sistematica del diritto internazionale dei mari, la già menzionata opera di Gilbert Gidel, noi troviamo una controversia

tra questo esperto francese e l'inglese Sir Cecil Hurst sulla questione se il mare debba essere considerato *res omnium* o *res nullius*.[3] L'inglese è dell'opinione che il mare sia *res omnium,* il francese propende per la *res nullius.* Non è necessario esaminare qui nel dettaglio le sottili argomentazioni e controargomentazioni. Le perplessità che Gidel esprime nei confronti della *res omnium* e della conseguente costruzione di un « condominio » di tutti gli Stati sulla superficie del mare sono fondamentalmente riconducibili al fatto che non vi è ancora una comunità di Stati organizzata che possa sostenere un simile condominio. Ciò mi sembra esatto. Gidel non vorrebbe che ogni singolo Stato, per il solo fatto che una nave porti la sua bandiera sul mare libero, debba entrare in collegamento con la totalità dei rimanenti Stati o addirittura debba identificarsi con questa totalità. Egli sa dalle esperienze storico-marittime della propria nazione quanto sia importante che il più forte parli in nome di tutti e quanto poco sia importante che lo faccia il più debole. Il carattere originario, elementare, della libertà dei mari viene meglio salvaguardato se non si costruiscono tra Stato e Stato diritti d'uso soggettivi e se si parla piuttosto di una « faculté laissée aux hommes en marge des systèmes territoriaux », come già aveva fatto Pufendorf nel XVII secolo.

I tentativi di considerare il mare come via di comunicazione di uso comune a tutti, e in questo senso come *res omnium,* urtano con il fatto che ogni Stato ha il diritto di condurre la guerra, mediante questa via, con tutti i mezzi bellici moderni: di porre mine e persino di catturare prede e far bottino sulle coste di Stati terzi, il che non può certamente somigliare al contenuto di un diritto di uso comune di una strada maestra. Hobbes ha colto nel modo migliore la questione affermando che è caratteristico dello stato di natura il fatto che a ognuno appartenga tutto; nel caso critico sarebbe tuttavia la

stessa cosa « ac si nullum omnino jus existerit » (*De Cive*, I, cap. I, par. 11) ovvero se il più forte agisse nel nome del diritto di tutti, come è tipico della libertà dello stato di natura. In pace lo si può dimenticare. Ma in guerra la libertà dei mari significa che l'intera superficie degli oceani del globo resta aperta e libera a ogni potenza belligerante sia come teatro di guerra, sia come luogo per l'esercizio del diritto di preda e di bottino.

c) *Il passaggio dell'Inghilterra a un'esistenza marittima*

Non si può dire che i re inglesi, gli uomini di Stato e i giuristi dei secoli XVI e XVII abbiano avuto una distinta consapevolezza di questo stato di cose. La politica inglese ufficiale dei secoli XVI e XVII ha a lungo zigzagato in direzioni diverse e non offre pertanto in alcun modo l'immagine di una svolta rapida e consapevole verso il mondo del mare libero. Allo stesso modo in cui solo verso la fine del secolo XVII l'Inghilterra arrivò alla decisione definitiva contro l'assolutismo monarchico e per una estesa tolleranza confessionale, altrettanto lentamente e senza piani prestabiliti arrivò a rappresentare la parte del mare sulla scena dei grandi contrasti tra mondo terraneo e mondo marittimo. Al governo della regina Elisabetta poté seguire ancora un secolo intero di Stuart cattolicizzanti. Il fanatismo religioso di vaste masse, che spingeva a questa decisione, venne in luce soltanto nel corso della rivoluzione puritana. Le istituzioni medioevali rimasero assai più conservatrici che sul continente. Una parte importante delle acquisizioni coloniali in America fu costruita in base al modello feudale del conferimento di terra effettuato dal re o dalla regina. Il parlamento, di derivazione medioevale, affer-

mò solo dopo molte oscillazioni il proprio potere. Il decisionismo di stampo giuridico, che tanto corrisponde allo spirito dei legisti francesi e al pensiero specificamente statale, manca qui completamente. Nulla cambia per il fatto che il più grande di tutti i pensatori decisionisti, Thomas Hobbes, proveniva dall'isola.

Anche durante la lunga controversia sulla nuova libertà dei mari, alla prassi di governo inglese e alle sue comunicazioni ufficiali manca un nuovo principio e la chiarezza di concetti ripensati a fondo. Tanto i Tudor che gli Stuart poterono arricchirsi, con la miglior coscienza, grazie ai tesori predati dai propri corsari, e così il loro intero popolo. Ma le espressioni del linguaggio ufficiale nei confronti della Spagna e del Portogallo rimasero le stesse. Esse non vanno oltre le formule giusnaturalistico-scolastiche o giuscivilistiche romane, come quelle che erano state usate da Vitoria e da altri per un'intera generazione. Quando la regina d'Inghilterra aveva proclamato nel 1580, in occasione di una dichiarazione all'ambasciatore spagnolo, in seguito più volte citata, che il mare e l'aria sono liberi all'uso comune di tutti gli uomini, questa dichiarazione era — sia nell'argomentazione, sia nello stile linguistico - del tutto identica a diverse altre simili profferite dai re francesi nel secolo XVI. Né erano stati autori inglesi ad aprire speculativamente la strada alla nuova libertà nel corso della « guerra libresca dei cent'anni » per la libertà dei mari.

Malgrado ciò, la decisione inglese per l'elemento del mare fu più grande e più profonda del decisionismo, pur concettualmente chiaro, della statalità continentale. L'isola divenne il veicolo del mutamento spaziale verso un nuovo nomos della terra, e persino — potenzialmente — il campo in cui si sarebbe verificato il balzo successivo nella totale perdita di luogo della tecnica moderna. Ciò si annuncia in un neologi-

smo che potè prodursi, io credo, soltanto in quel tempo e soltanto sull'isola britannica, diventando poi il contrassegno di un'intera epoca: nella nuova parola *utopia*, che costituisce il titolo della celebre opera di Thomas More.

Questo scritto tipicamente inglese, stampato nell'anno 1516, si situa circa due generazioni prima del periodo in cui si svolge la nostra grande controversia sulla nuova libertà dei mari. L'opera di Thomas More non tocca assolutamente le questioni giuridico-internazionali della nuova libertà. Ma in essa, e in modo assai pregnante nella parola artificiale « utopia », si manifesta la possibilità di una immane negazione di tutte le localizzazioni sulle quali poggiava l'antico nomos della terra. Una simile parola sarebbe stata impensabile sulle labbra di un uomo dell'antichità. Utopia non significa infatti semplicemente non-luogo, *Nowhere* (o *Erewhon),* ma l'*U-Topos* per eccellenza, una negazione in confronto alla quale persino l'*A-Topos* possiede un legame più forte, pur nel negativo, con il *Topos.*[4] Il passo che sarebbe stato compiuto più tardi, nel secolo XIX, e che avrebbe condotto alla negazione anche dell'esistenza marittima, superata dall'esistenza tecnico-industriale, è già indicato — come in un'ombra — da questa parola. A proposito della fortuna di san Thomas More, va detto soltanto che il contenuto del suo scritto era più una *eutopia* che una utopia. Ma l'ombra fatale era caduta e dietro alla nuova immagine del mondo, nella quale il mondo risultava ordinato a partire dal mare, albeggiava già il futuro più lontano dell'èra industriale, che dall'isola prese il suo avvio nel corso del secolo XVIII. Non volevo pertanto, prima di iniziare ad esaminare la controversia giuridico-internazionale sulla libertà dei mari, sottacere l'importanza di quell'opera e di quella parola così carica di significato che è l' *Utopia* di Thomas More.

d) *Una « guerra libresca dei cent'anni »*

Dal nostro punto di vista il problema vero e proprio della libertà dei mari consiste nella questione della libertà di guerra marittima e nella collisione tra questa libertà e quella di commercio che, sulla medesima superficie di mare, spetta ai neutrali. E' una questione difficile, che si presenta allorché una stessa superficie deve essere contemporaneamente teatro di guerra e luogo di pace. Ma di questo non si era ancora consapevoli nel dibattito giuridico dei secoli XVI e XVII. La « guerra libresca dei cent'anni » per la libertà dei mari — l'espressione è di Ernest Nys - inizia solo nella seconda metà del XVI secolo. La pubblicazione delle *Relectiones de Indis* di Francisco de Vitoria (Lyon, 1557) può essere annoverata tra le operazioni iniziali di questa guerra libresca. Ma termini quali « libertà » o « chiusura » dei mari, che compaiono in numerosi titoli di scritti e di volumi, non devono trarre in inganno circa il senso concreto di tali pubblicazioni. Vitoria pensava alla libertà di missione d'oltremare e di predicazione della fede cattolica; altri pensavano soltanto alla rottura del monopolio spagnolo e portoghese sul commercio d'oltremare; altri ancora a dispute regionali o locali, limitate al bacino di mare europeo, o a questioni di pesca: e anche in questo caso non tanto per la grande caccia alla balena, che si estendeva agli oceani del globo, ma per la pesca costiera e nelle acque vicine, inglesi, olandesi, scozzesi e di Biscaglia. Gli autori inglesi che prendono parte alla guerra libresca dei cent'anni si interessano innanzitutto, sino alla fine del secolo XVII, dei cosiddetti *narrow seas,* ovvero dei mari vicini all'Inghilterra, come il Mare del Nord *(l'Oceanus Germanicus),* la Manica, il golfo di Biscaglia, ecc. Una delle loro principali controversie riguardava la pretesa inglese al saluto navale,

l'atto d'omaggio che le navi di altre nazioni dovevano alle navi inglesi nei mari adiacenti all'Inghilterra. Le controversie sulla pesca dominano gran parte di questa letteratura, ma non affrontano i problemi tipici degli oceani mondiali, come la caccia alla balena, bensì soltanto problemi di portata circoscritta come la pesca delle aringhe e altri tipi di pesca simili.

Secondo un'opinione diffusa, Ugo Grozio — con il suo scritto *Mare liberum,* apparso anonimo nel 1609 — è il precursore della nuova libertà dei mari. Lo scritto di Grozio è indirizzato contro la pretesa di monopolio inglese. Esso costituisce un capitolo di un'opera più vasta *De jure predae,* scritta nel 1605 contro le pretese portoghesi e spagnole, ma pubblicata interamente soltanto nel secolo XIX, nell'anno 1868. Negli ultimi decenni si è spesso mostrato quanto Grazio dipendesse da Alberico Gentile e come egli ripetesse semplicemente le argomentazioni della Scolastica spagnola sul *li-berum commercium* e sulla *libera mercatura*.[5] La collisione spaziale tra guerra e pace, che la nuova libertà comportava, non era stata da lui notata. Né del resto a-vremmo potuto attendercelo. Tuttavia il senso originario ed elementare della libertà dei mari viene spesso posto in luce da Grozio, ad esempio quando afferma che in ogni guerra il nemico può essere ucciso non solo sul proprio territorio, o su quello nemico o su quello di nessuno, ma anche in mare.[6] Naturalmente in Grozio non si riconosce ancora l'immagine di quello che, dalla pace di Utrecht (1713) in poi, si è rivelato essere l'effetto pratico dello sviluppo politico mondiale, vale a dire l'equilibrio tra l'ordinamento giuridico internazionale del mare libero e l'ordinamento spaziale statale della terraferma.

Con il suo titolo, comunque, lo scritto ha avuto l'effetto di un segnale e ha promosso lo sviluppo verso un nuovo stadio della libertà dei mari. Al contrario, il celebre scritto di risposta di John Selden *Mare clausum* (scritto nel 1617-18, ma ap-

parso nel 1635) resta, malgrado la sua erudizione, sostanzialmente vincolato ai vecchi ragionamenti e alle vecchie problematiche. In esso viene prestata attenzione soprattutto ai mari adiacenti all'Inghilterra, i *narrow seas,* mentre il problema della caccia alla balena viene richiamato solo occasionalmente, in generale senza pensare ancora all'isola come alla metropoli di un impero mondiale specificamente marittimo. Questo scritto di risposta, in fondo ancora così tradizionale, incontrò però il favore di tutti gli Inglesi: dagli Stuart a Cromwell. Anche Thomas Hobbes lo apprezzò molto.

Il primo autore che riconobbe come le pretese inglesi di un mare chiuso fossero largamente superate, e che comprese che lo sviluppo spingeva verso un dominio sugli oceani mondiali esercitato nel nome della libertà dei mari, sembra invece essere Sir Philip Meadows.[7] Le sue *Observations Concerning thè Dominion and Sovereignty of the Seas* furono pubblicate nel 1689. Tra i pensatori sistematici fu un filosofo tedesco, Samuel Pufendorf, il primo che pervenne alla consapevolezza giuridica del fatto che gli oceani mondiali sono altra cosa rispetto alle acque e ai bacini della giurisprudenza tradizionale con i suoi stereotipi ricavati dal diritto civile. La grande opera di Pufendorf apparve nel 1672. L'olandese Cornelis van Bynkershoek fece poi valere l'argomento secondo cui la sovranità dello Stato territoriale si estende a tutta quell'area di mare che può essere raggiunta dal tiro delle batterie costiere. Questo argomento, che si riferiva alla forza delle armi, alla *vis armorum* (« ubi finitur armorum vis »),[8] non era nuovo.

L'olandese non ne era l'inventore, ma lo aveva enunciato nel momento propizio e aveva riscosso il consenso generale. Con la pace di Utrecht (1713) si aprì infine un nuovo capitolo dello *jus publicum Europaeum* : quello caratterizzato dalla definitiva acquisizione di coscienza e di autocoscienza circa l'equilibrio globale esistente tra terra e mare. Ma solo con

uno scritto dell'abate Galiani del 1782 la zona di mare costiero venne fissata nella cifra esatta delle tre miglia dalla riva, che sarebbe rimasta immutata fino ad oggi.

e) *Dalla libertà elementare dei mari alla libertà ordinata*

Si possono così riconoscere le linee storico-giuridiche della nuova libertà dei mari. Si profilano due grandi periodi, divisi cronologicamente dalla data della pace di Utrecht (1713), i quali si contraddistinguono per due differenti concezioni di questa libertà. Nel primo periodo si afferma l'antica concezione, originaria ed elementare, secondo cui il mare è inaccessibile al diritto e all'ordinamento umano, costituendo lo spazio per un libero misurarsi delle forze. Questo è il senso delle linee d'amicizia e della delimitazione, con esse, di un ambito di lotta destinato al diritto del più forte. Nel secondo periodo, in seguito alla pace di Utrecht, si riesce a ottenere una limitazione. Essa è dovuta al rafforzamento dei controlli dei governi sulle navi corsare appartenenti a propri sudditi, cosicché il filibustiere vecchio stile viene ridotto a pirata criminale. Ma anche adesso le zone di alto mare continuano a rimanere libere dall'ordinamento statale della terraferma. Nasce così il grande equilibrio tra terra e mare su cui poté poggiare per oltre due secoli il nomos della terra.

Nel primo periodo predominano le argomentazioni giuridiche, che si servono di formule giusnaturalistico-scolastiche e civilistiche. Esse non sono però neanche una vera ideologia. Accade piuttosto che un gruppo determinato di consiglieri dei detentori del potere politico formi un *convenu* intellettualistico. Si tratta quindi in sostanza di derivazioni nel senso della sociologia di Pareto. Esse si sviluppano nel linguaggio arti-

ficiale di un ceto di intellettuali educati umanisticamente, i quali cercano di passare da un pensiero ecclesiastico ad un pensiero statale. La loro pretesa alla libertà dei mari si indirizza polemicamente contro il monopolio del vicino, senza che ancora si pensi a un nuovo nomos della terra. Compare così una forma di pensiero e di linguaggio che fa ricordare la mancanza di collocazione concreta di alcuni apologeti del diritto puro durante le ultime guerre mondiali. Il vero compito della scienza giuridica in tali epoche consiste nel riconoscere correttamente la realtà di un nomos che svanisce e quella di un nomos che sorge, dissolvendo il velo delle derivazioni. Io vorrei chiarire questo rapporto tra normazione positivistica, argomentazione giuridica e realtà spaziale a partire dall'esempio della zona delle tre miglia.

E' sorprendente osservare quanto a fondo sia penetrata nella coscienza generale la cifra delle *tre* miglia marine per delimitare la zona costiera, e come poi vi sia rimasta, tanto da essere ritenuta « codificabile », inizialmente, ancora nei progetti di codificazione dopo la prima guerra mondiale (1920-30). La cifra, compieta-mente svincolata dalla prospettiva originaria e dall'argomentazione che la sosteneva (la gittata dell'artiglieria costiera), si è mantenuta fino ad oggi inalterata nonostante lo sviluppo e il potenziamento della *vis armorum*. In altri casi — ad esempio a proposito della questione dell'ammissibilità delle istruzioni di rotta per l'esercizio del diritto di preda — l'opinione dominante ha riconosciuto in brevissimo tempo e con la massima ovvietà il significato giuridico del mutamento dei mezzi tecnici. Né l'avvento dei sommergibili, né quello di aerei perfezionati e di spaventose armi a lunga gittata ha invece minimamente mutato la cifra delle tre miglia. Questo sembra un caso eclatante di indipendenza di una norma dalla situazione normativa. Come si spiega che nel Medioevo, quando esistevano armi che non

raggiungevano neppure la gittata di mezzo miglio marino, per delimitare l'ambito della giurisdizione territoriale si assumessero cifre che andavano dalle settanta alle cento miglia dalla costa? Bodin si atteneva ancora alle settanta miglia marine. Se la vera ragione, la *ratio* ultima di questa delimitazione dell'ambito di terra e mare fosse stata realmente la gittata dell'artiglieria costiera nel XVIII secolo, con la sua cifra delle tre miglia (corrispondenti a km 5,5), allora questa cifra avrebbe in seguito dovuto mutare anch'essa.

In realtà l'argomento della *vis armorum* è un argomento tipicamente terraneo, proprio di chi guarda il mare dalla terra. Il fatto che sia stato un olandese il primo a enunciarlo fa capire fino a che punto l'Olanda si fosse nel XVIII secolo già « interrata ». Vista invece dal mare, la questione si capovolge in quella dell'ambito del mare libero e dei suoi concetti determinati. Mediante la cifra delle tre miglia marine tale ambito viene avvicinato a quello della terraferma. Per i custodi della libertà dei mari, e in particolare della libertà di guerra marittima e di esercizio del diritto di preda, questa cifra diventa una questione di principio. Infatti su questo punto ogni riconoscimento della trasformazione tecnica tocca immediatamente il fondamento spaziale stesso dello *jus publicum Europaeum*, ovvero la presenza contemporanea di un ordinamento marittimo e di uno terraneo. Ma il mutamento prodotto nel frattempo dalla nuova tecnica delle armi si è fatto così grande ed evidente, che le sue dimensioni quantitative si sono tradotte in un mutamento qualitativo della struttura. Con un positivismo tanto più duro, ci si attiene ora saldamente al criterio della zona delle tre miglia onde non intaccare il mondo del mare libero (il che significa i concetti di nemico, guerra e preda, essenziali e peculiari alla parte marittima del diritto internazionale europeo). Il tradizionale sistema di dominio sul mare capitolerebbe per effetto del mutamento della

tecnica, qualora si tenesse conto dell'argomento del potenziamento delle armi. La cifra delle tre miglia è dunque il filo di speranza per il quale i sostenitori di tale sistema devono combattere se non vogliono che il principio spaziale su cui si fonda il loro ordinamento del mondo sia posto in questione.

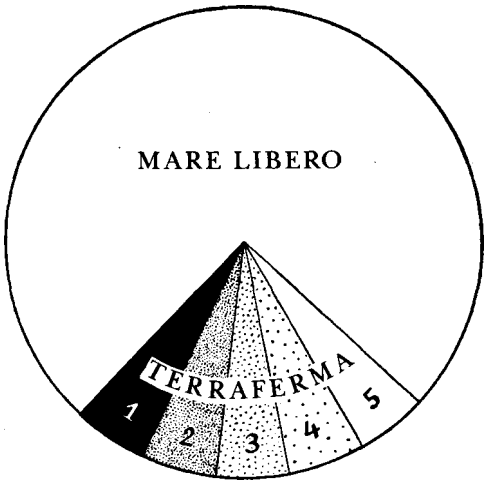
La separazione di terraferma e mare libero è la caratteristica specifica fondamentale dello *jus publicum Europaeum*. Questo ordinamento spaziale trae origine essenzialmente non già da conquiste intraeuropee o da mutamenti territoriali, ma dalla conquista europea di un nuovo mondo non europeo, connessa alla conquista del mare libero operata dall'Inghilterra. Spazi liberi immensi, apparentemente illimitati, resero possibile e ressero il diritto interno dell'ordinamento interstatale europeo. Ulteriori ripartizioni di tipo spaziale si verificarono sulla terraferma dell'intero globo, fino a che il diritto internazionale europeo non si dissolvette, tra la fine del secolo XIX e gli inizi del XX, in un generico *International Law* (cfr., sotto, pp. 287 sgg.). Per il nomos della terra emergono in quest'epoca le seguenti distinzioni e suddivisioni:

1) distinzione tra la superficie della terraferma e quella del mare libero, importante ai fini della distinzione tra guerra terrestre e guerra marittima, a ognuna delle quali corrisponde un proprio concetto di nemico, guerra e preda;

2) entro la superficie della terraferma: distinzione tra il suolo degli Stati europei (territorio statale in senso proprio) e il suolo dei possedimenti d'oltremare (territorio coloniale), importante ai fini della distinzione tra guerra europea e guerra coloniale. La limitazione della guerra, ottenuta per la guerra terrestre europea, si riferisce solo alle guerre interstatali condotte sul suolo europeo o su un Suolo ad esso equiparato.

Se si tiene conto del carattere particolare che venne a caratterizzare durante il secolo XIX le terre asiatiche e africane dotate di privilegi europei (giurisdizione consolare, extraterritorialità ed esenzioni di vario genere), si può pervenire al seguente schema, il quale riproduce l'immagine globale sviluppata dell'ordinamento spaziale e i diversi status territoriali dello *jus publicum Europaeum* tra il 1713 e il 1914:

Schema globale dello *jus publicum Europaeum:*



I cinque status territoriali della terraferma:

1. Territorio statale
2. Colonie
3. Protettorati
4. Terre esotiche con extraterritorialità degli Europei
5. Terre liberamente occupabili

Note

1 A. Rein, *Zur Geschichte…*, cit., p. 536.

2 A. Gentile, *Hispanicae advocationis libri duo,* a cura di F.A. Abbot, Classics of International Law, 9, 1921, 1, I, cap. xxiii, p. 109.

3 G. Gidel, *Le droit international public de la mer. Le temps de paix,* tomo I, *Introduction: La haute mer,* 1932, p. 214.

4 Sul significato del termine *topos,* cfr. il corollario introduttivo 2 (« Il diritto internazionale preglobale »), sopra, pp. 30 sgg.

5 Cfr. W.S.M. Knight, *The Life and Works of Hugo Grotius,* London, 1925, pp. 92-93; G. Gidel, *op. cit.,* tomo I, pp. 138-39; L.G.A. Getino, Introduzione al vol. III della sua edizione delle *Relecciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria,* cit., pp. xi sgg.

6 *De jure belli ac pacis,* III, cap. iv, par. 8, 2: « Interfici possunt impune in solo proprio, in solo hostili, in solo nullius, in mari ». Secondo la dottrina medioevale di Baldo il nemico poteva essere ucciso ovunque: « Hostis bene interficitur ubique ». Grozio esclude dunque il territorio neutrale.

7 Non ho potuto reperire le *Observations* di Sir Philip in alcuna biblioteca dell'Europa continentale. Le indicazioni del testo si basano sull'opera già più volte citata di G. Gidel, tomo I, p. 197.

8 Cfr. S. Pufendorf, *Dejure naturae et gentium,* libro quarto, cap. v, par. 9; C. van Bynkershoek, *De dominio maris,* 1703 (su cui Delpech, in *Fondateurs du droit intemational,* cit., pp. 385-86); F. Galiani, *Dei doveri de' principi neutrali verso i principi guerreggianti,* apparso anonimo nel 1782 (su cui E. Nys nella « Revue de

droit intemational et de législation comparée », XXI, p. 382). Sulla storia della dottrina della libertà dei mari: G. Gidel, *op. cit.*, tomo I, pp. 123-24; P.B. Potter, *The Freedom of the Sea in History, Lavi and Politics,* 1924; T.W. Fulton, *The Sovereignty of the Sea,* cit. (studio sulle pretese di dominio inglese sul mare britannico e sull'evoluzione del regime delle acque territoriali, con particolare attenzione al diritto di pesca e al saluto navale). Per il passaggio dal pensiero teologico al pensiero giuridico (ovvero da quello ecclesiastico a quello statale): E. Nys, *Les origines du droit intemational,* cit. Il passo classico in cui compare la spesso citata formula di Bynkershoek sulla *vis armorum* è un tipico esempio della sua prospettiva terranea, vale a dire proiettata dalla terraferma sul mare: « Quare omnino videtur rectius, eo potestatem terrae (!) extendi quousque tormanta exploduntur (!), eatenus quippe *cum imperare tum possidere* videmur. Loquor autem de his temporibus, quibus illis machinis utimur (!): alioquin generaliter dicendum esset, potestatem terrae finiri, ubi finitur armorum vis, etenim haec, ut diximus, possessionem tuetur ». L'estensione del dominio dalla terraferma al mare e la sua misura vengono espressamente fatte dipendere dal *relativo* stadio di sviluppo della tecnica delle armi.

4. *Mutamenti territoriali*

Ogni ordinamento spaziale comporta per tutti i suoi membri una limitazione, cioè una assicurazione spaziale del proprio suolo. Di qui ha origine la questione centrale del diritto internazionale. Da un lato, infatti, sono inevitabili determinati mutamenti nell'assetto del possesso territoriale; dall'altro, proprio taluni mutamenti territoriali possono diventare pericolosi per la sussistenza dell'ordinamento spaziale.

a) *Mutamenti territoriali all'esterno e all'interno di un ordinamento spaziale internazionale*

Questo problema, di natura teorica e pratica, filosofico-giuridica e politica, è antico. Esso è stato sollevato a proposito di ogni ordinamento di diritto internazionale che contenga al proprio interno una pluralità di formazioni autonome di potere. Al fine di risolverlo, si è sviluppata nel diritto internazionale dei secoli XVIII e XIX la procedura delle grandi conferenze di pace sotto la direzione delle grandi potenze. Negli ultimi anni della Lega di Ginevra, particolarmente nel periodo compreso tra il 1936 e il 1939, si è molto discusso di questo, che veniva indicato quale problema del mutamento pacifico, del *peaceful change*. Sia che i mutamenti siano pacifici,

sia che avvengano in seguito ad una guerra, il problema è comunque, per la sua essenza, in primo luogo una faccenda territoriale, giacché trae origine da un ordinamento spaziale complessivo in cui il mutamento territoriale (e quindi anche spaziale) deve poter avvenire senza alcun pericolo per l'ordinamento stesso. Quanto al problema del mutamento pacifico, esso non riguarda ovviamente tutti gli innumerevoli mutamenti, convenzionali e di fatto, che si verificano quotidianamente e incessantemente nel sistema di convivenza dei popoli. Esso riguarda in realtà soltanto la questione di come possano essere ammesse nuove conquiste di terra e di mare o nuove ripartizioni, senza che la struttura complessiva dell'ordinamento giuridico-internazionale vigente e l'esistenza dei membri riconosciuti di esso sia da ciò posta in dubbio. A tal fine, ogni ordinamento giuridico-internazionale esistente ha elaborato alcuni criteri e princìpi, più o meno elastici, come ad esempio l'equilibrio territoriale, i confini naturali, il diritto all'autodeterminazione nazionale o popolare, la delimitazione delle sfere di influenza, l'affermazione e il riconoscimento dei maggiori ambiti di interesse speciale. Oltre a ciò, ogni ordinamento giuridico-internazionale, in quanto ordinamento spaziale, deve anche elaborare metodi e procedure più o meno elastiche, ad esempio il riconoscimento di nuove grandi potenze e di nuovi Stati, la notifica di nuove acquisizioni, la deliberazione mediante il sistema delle conferenze, e spesso addirittura semplici assegnazioni di territorio, aggiudicazioni. Tutto ciò, nella misura in cui vale a legittimare i mutamenti territoriali e le nuove ripartizioni, serve alla salvaguardia e alla conservazione dell'ordinamento vigente nel suo insieme, il cui nucleo strutturale essenziale rimane sempre una limitazione, un ordinamento spaziale.

Ogni ordinamento giuridico-internazionale che non voglia rinnegare se stesso deve tutelare non già lo *status quo* territo-

riale di un determinato momento storico, nelle sue molteplici particolarità più o meno casuali, bensì il proprio nomos fondamentale, la propria struttura spaziale, l'unità di ordinamento e localizzazione. A tal fine è certo possibile, e spesso addirittura necessario, riconoscere guerre, faide, rappresaglie e ricorsi alla violenza di vario tipo quali mezzi adeguati a produrre mutamenti. Questi sono però allora fenomeni limitati, che non pongono in questione l'ordinamento spaziale complessivo nella sua globalità. A far saltare l'ordinamento non è la guerra in quanto tale, ma soltanto determinati metodi e scopi nella conduzione di essa, i quali violano e negano le limitazioni fino a quel momento accolte.

E' un errore assai diffuso quello di parlare di anarchia a proposito del Medioevo, perché nel Medioevo la faida e il diritto di resistenza erano riconosciuti come istituzioni e metodi per l'affermazione e per la difesa del diritto.[1] Per altri motivi è altrettanto inesatto chiamare anarchia l'ordinamento giuridico-internazionale tra il XVII e il XX secolo solo perché esso ammetteva la guerra. Le guerre interstatali europee tra il 1815 e il 1914 furono in realtà processi ordinati, limitati da grandi potenze neutrali, pienamente giuridici, a confronto dei quali le moderne misure di polizia e di ristabilimento dell'ordine pubblico contro i suoi perturbatori possono essere terribili azioni d'annientamento. Il ginevrino Hans Wehberg, docente di diritto internazionale, celebre come precorritore del movimento pacifista, parla in maniera del tutto generica di anarchia, dandola per scontata, ogniqualvolta vi sia una guerra, senza procedere a distinzioni all'interno dei concetti di pace e di guerra.[2] Ora, vi sono certo anche guerre che mettono in dubbio e negano l'ordine precedente, ma la questione giuridica vera e propria non riguarda il problema genericamente morale o filosofico della guerra e dell'uso della violenza, bensì qualcosa di tutt'altro genere, ovvero i muta-

menti nello *status quo* territoriale, da provocare mediante la guerra o in altra maniera, e il loro effetto sull'ordinamento spaziale riconosciuto dell'epoca.

Le guerre tra grandi potenze custodi di un determinato ordinamento spaziale possono certo distruggere facilmente l'ordinamento spaziale, se non vengono condotte per uno spazio libero e in uno spazio libero. Tali guerre diventano allora totali, nel senso che esse devono condurre alla costituzione di un nuovo ordinamento spaziale. Ma così come vi sono conquiste e mutamenti territoriali che restano nell'ambito dell'ordinamento spaziale esistente, costituendo anzi un mezzo per il suo mantenimento, e altre conquiste che mettono in crisi e distruggono tale ordinamento, allo stesso modo vi sono — per gli stessi motivi — guerre che rimangono nel quadro dell'ordinamento giuridico-internazionale esistente. L'essenza del diritto internazionale europeo era la limitazione della guerra. L'essenza di tali guerre era un ordinato misurarsi delle forze, che si svolgeva di fronte a testimoni in uno spazio delimitato. Tali guerre sono il contrario del disordine. In esse sta la forma più alta di ordine di cui le forze umane siano capaci. Sono l'unica difesa contro la spirale delle rappresaglie, ovvero dall'odio nichilistico e dalle azioni di vendetta, il cui fine insensato sta nell'annientamento reciproco. Eliminare o evitare la guerra d'annientamento è possibile solo se si trova una forma per il misurarsi delle forze. A sua volta ciò è possibile solo se l'avversario è riconosciuto come nemico ed equiparato allo *justus hostis*. Ciò fornisce il fondamento della limitazione.

È quindi inammissibile chiamare indifferentemente anarchia ogni uso della violenza in forma di guerra e ritenere questa definizione come l'ultima parola sulla questione giuridico-internazionale della guerra. La limitazione, e non già l'abolizione, della guerra era stata finora il vero e proprio ri-

sultato positivo del diritto, l'unica impresa realizzata dal diritto internazionale. L'abuso della parola anarchia è del resto tipico di una concezione che non permette ancora di distinguere tra anarchia e nichilismo.

Si deve pertanto notare ancora una volta che l'anarchia, se confrontata con il nichilismo, non è il male peggiore. Anarchia e diritto non si escludono necessariamente. Il diritto di resistenza e quello all'autodifesa possono essere buoni diritti, e al contrario una serie di disposizioni senza possibilità di opposizione, tali da annichilire ogni idea di autodifesa, ovvero un sistema di norme e di sanzioni capace di eliminare tacitamente ogni perturbatore, possono significare una terribile distruzione nichilistica di ogni diritto. I grandi problemi del diritto internazionale non sono così semplici come li presenta il pacifismo della Società delle Nazioni, con il suo slogan « anarchia ». Il sistema instaurato a Ginevra nel 1920 dalla Società delle Nazioni era inferiore all'anarchia, e di essa peggiore; al contrario, i metodi anarchici del Medioevo non erano affatto nichilismo. Essi, come si può facilmente mostrare, conoscevano e difendevano un autentico diritto, che si fondava su localizzazioni e ordinamenti sicuri. Solo questo è decisivo, poiché dà la possibilità di distinguere tra guerre sensate e guerre d'annientamento, e di salvare le possibilità di ordinamenti concreti dalla *tabula rasa* del legalismo nichilista.

Nel caso di conquiste territoriali definitive, che si svolgano su un suolo delimitato e tra i membri di un ordinamento spaziale giuridico-internazionale comune, sorgono questioni particolarmente difficili. La conquista territoriale è in simili casi « interna » sotto il profilo del diritto internazionale. Essa *non* riguarda un territorio *libero* posto all'esterno dell'ordinamento spaziale comune, ma il diritto di un soggetto giuridico-internazionale *riconosciuto.* Il mutamento territoriale si compie quindi in un ordinamento spaziale comune e si riferi-

sce a un suolo che non può essere occupato liberamente. Se nonostante tale mutamento territoriale l'ordinamento spaziale comune non deve andare distrutto, allora il mutamento deve restare interno all'ordinamento complessivo, deve procedere in un determinato modo e trovare un riconoscimento. Esso non può distruggere e negare la struttura spaziale dell'intero. La questione stessa se un mutamento territoriale faccia saltare la struttura dell'ordinamento spaziale esistente o sia invece con essa conciliabile può essere decisa solo in comune, cioè dall'ordinamento complessivo, con il che non è detto che tale decisione complessiva debba essere l'atto ufficiale ed esplicito di una sede centralizzata. Senza una presa di posizione complessiva e un riconoscimento egualmente complessivo la comunità si infrange sull'ostacolo rappresentato dalla questione dello spazio.

Il problema non è semplice neppure se si instaura realmente un'unione libera e volontaria tra coloro che — membri di un ordinamento spaziale comune — cedono un territorio e coloro che lo acquistano, e neppure se il mutamento territoriale viene regolato da espliciti trattati tra coloro che sono direttamente interessati sotto il profilo territoriale. Ci si chiede infatti *chi* sia qui *interessato.* Tutti gli Stati sono interessati alla struttura dell'ordinamento spaziale comune. Si deve distinguere tra il mero mutamento territoriale immediato, consistente in un acquisto o in una cessione di terra, e l'interesse spaziale all'ordinamento nel suo complesso. L'interesse di coloro che sono solo indirettamente partecipi non deve necessariamente essere meno intenso di quello dei diretti acquirenti o cedenti territorio. Obiettare che si tratta di un contratto concluso *inter alios* significa incorrere in una *petitio principii.* Nessuno è infatti *alius,* quando sono lo spazio comune e l'ordinamento spaziale complessivo a essere posti in questione.

Il carattere vincolante dell'ordinamento spaziale complessivo è senz'altro riconoscibile se l'ordinamento spaziale viene rappresentato come un *equilibrio*. La rappresentazione di un equilibrio politico àveva anzi il significato esclusivo di esprimere l'ordinamento spaziale complessivo degli Stati europei. Tutti i membri di quest'ultimo, e non solo i diretti partner contrattuali, erano coinvolti dal mutamento o dalla minaccia dell'e-quilibrio. Nell'epoca compresa tra la pace di Utrecht e la fine del XIX secolo l'equilibrio tra le potenze europee valeva quindi quale fondamento e garanzia del diritto internazionale europeo. La conseguenza era che ogni potenza risultava interessata a ogni mutamento territoriale rilevante che avvenisse all'interno del sistema degli Stati europei, mentre grandi acquisizioni di territorio esterne all'Europa, come la conquista della Siberia da parte della Russia, si svolgevano del tutto inosservate. Nella rappresentazione di un equilibrio europeo trova la sua formulazione l'ordinamento spaziale comune riconosciuto del territorio europeo. Chi inizia una guerra europea sa che tutte le potenze dell'Europa sono interessate all'esito di essa. L'abilità diplomatica di un Bismarck consisteva nel saper pervenire a una « pace lampo » prima che si verificassero ulteriori complicazioni. E' quanto egli riuscì a fare nel 1864, nel 1866 e perfino nel 1871. La comunità che si afferma mediante l'ordinamento spaziale è più importante di tutto quello che è stato detto sulla sovranità e il non-intervento. Non si tratta qui di una valutazione politico-propagandistica di questa politica dell'equilibrio, ma di comprendere che l'idea di equilibrio corrisponde in modo specifico a prospettive spaziali e che in essa viene alla luce l'idea di un ordinamento spaziale complessivo.[3] In ciò consiste, malgrado ogni possibile critica e abuso politico, la grande superiorità pratica dell'idea di equilibrio, giacché in questo sta al

tempo stesso la sua capacità di limitare effettivamente la guerra.

Sotto molti aspetti, la parola e l'idea di un « equilibrio », *équilibre,* significano ancora oggi per molti nien-t'altro che un generale ordinamento bilanciato di forze e controforze, pervenute tra loro a un pareggiamento. Di conseguenza l'immagine di un equilibrio di forze può essere impiegata anche là dove sono escluse rappresentazioni spaziali. Non è neppure necessario che esista un ordinamento che si tenga in equilibrio con l'eguaglianza delle forze. Può anche accadere che sia l'egemonia di uno Stato nettamente più forte a tenere in ordine Stati medi e piccoli. Konstantin Frantz ha lasciato sussistere nella sua dottrina federalistica soltanto il puro federalismo d'equilibrio [*Gleichgewichts-Föderalismus*], negando invece il carattere di equilibrio al sistema egemonico. Ma nella realtà politica vi sono invece tanto l'equilibrio egemonico quanto il federalismo egemonico, un buon esempio del quale è dato dal Reich tedesco nella sua realizzazione bismarckiana.[4] In esso era la Prussia la potenza egemonica riconosciuta. Nonostante ciò, l'interrogativo sul se e sul come il territorio dell'Alsazia e della Lorena, acquisito nel 1871, potesse essere ripartito tra i *Länder* confinanti della Prussia, della Baviera e del Baden, era un problema territoriale che riguardava anche gli altri Stati membri, in particolare, ad esempio, il Wurttenberg. Ai problemi spaziali rilevanti sono infatti interessati tutti. La trasformazione dell'Alsazia-Lorena in *regione dell'impero [Reichsland*] tenne conto di questa realtà, rappresentando sotto questo aspetto una soluzione neutrale. Bismarck, per non interferire nell'equilibrio spaziale interno alla federazione, ebbe anche a respingere il piano di libera annessione alla Prussia di una regione piccola come il Waldeck. Nel 1909, in seguito alla cessazione della linea dello Schwarzburg-Sondershausen, questa piccola regione rimase separata dal principato di Sch-

warzburg-Rudolstadt, il cui principe divenne signore di entrambe le terre, riunite sotto la sua persona.

b) *Mutamenti territoriali all'interno dello «jus publicum Europaeum»*

Nella storia del diritto internazionale interstatale europeo tutti i grandi mutamenti territoriali, le formazioni di nuovi Stati, le dichiarazioni d'indipendenza e di neutralità, hanno avuto luogo nella forma di trattati collettivi all'interno del sistema delle conferenze europee, da cui sono stati quanto meno sanzionati. Le neutralizzazioni permanenti di Stati — è il caso della Svizzera nel 1815 e del Belgio tra il 1831 e il 1839 — sono oggetto principalmente di trattati collettivi tra le grandi potenze europee, giacché con essi determinati territori statali ricevono uno status giuridico-internazionale particolare cessando di costituire teatro di guerra. I trattati collettivi stipulati nel corso delle grandi conferenze di pace europee — nel 1648, 1713, 1814-15, 1856, 1878, 1885 (conferenza sul Congo) — determinarono i singoli periodi dello sviluppo del diritto internazionale in quanto ordinamento spaziale. Invece le trattative e le risoluzioni emerse dalle conferenze di Parigi del 1918-19, formalizzate nei trattati periferici di Versailles, Saint-Germain, Trianon e Neuilly, solo apparentemente rimangono in tale tradizione. In realtà mancava loro, come mostreremo più avanti, la concezione di una struttura spaziale concreta. Le precedenti conferenze europee, invece, mostrano che a fondamento del diritto internazionale interstatale dell'Europa vi era un ordinamento spaziale eurocentrico complessivo che estendeva i propri metodi e le proprie forme — attraverso consultazioni e deliberazioni comuni — a tutti i

più importanti mutamenti territoriali, conferendo senso all'immagine dell'equilibrio.

Le grandi potenze, più di tutti interessate all'ordinamento spaziale comune, svolgono in questo un ruolo guida. Proprio in ciò consiste l'essenza di una grande potenza, nella misura in cui questa parola non sia intesa solo genericamente, ma designi nel modo più pregnante una posizione di evidenza nel quadro di un dato ordinamento, all'interno del quale parecchie *grandi potenze* siano riconosciute *in quanto tali*. Il riconoscimento di una grande potenza da parte di un'altra grande potenza rappresenta la forma più alta del riconoscimento giuridico-internazionale. In essa i soggetti che procedono al riconoscimento si riconoscono reciprocamente, al massimo grado, come tali. Così nel secolo XVIII la Russia e la Prussia, e nel secolo XIX (1867) l'Italia, poterono aggiungersi alle grandi potenze del tempo ed essere riconosciute a loro volta quali grandi potenze. Il riconoscimento degli Stati Uniti d'America come grande potenza, che nei manuali è datato al 1865, è un problema particolare del secolo XIX, poiché i princìpi della politica estera statunitense, enunciati nel 1823 dalla dottrina di Monroe, comportano in fondo il rifiuto di un simile riconoscimento da parte di potenze europee. La linea dell'emisfero occidentale indica infatti già una polemica messa in questione dell'ordinamento spaziale specificamente europeo quale ordinamento globale. Il riconoscimento del Giappone come grande potenza viene fatto risalire tanto all'anno 1894 quanto agli anni 1904-1905, ovvero all'epoca successiva alla guerra russo-giapponese. Le due guerre che il Giappone aveva condotto vittoriosamente sono pertanto viste come elementi determinanti al fine della recezione giapponese nella cerchia ristretta delle grandi potenze che reggono il diritto internazionale. Gli stessi Giapponesi consideravano la propria partecipazione alla spedizione punitiva delle grandi

potenze contro la Cina (1900) come l'evento decisivo. Prese dunque l'avvio dall'Asia, con l'ingresso di una grande potenza est-asiatica, il passaggio a un nuovo ordinamento mondiale non più eurocentrico.

Già da queste date storiche si può comprendere che il *riconoscimento di una grande potenza* riguarda da vicino l'ordinamento spaziale ed è un evento importante per la struttura spaziale dell'ordinamento internazionale. Questo non solo perché nel riconoscimento di una grande potenza arriva al suo massimo significato il riconoscimento dello *jus belli* e dello *justus hostis*, ma anche per una ragione che riguarda specificamente l'ordinamento spaziale. Il riconoscimento di una grande potenza è l'istituto giuridico-internazionale più importante per le questioni relative alla conquista territoriale. Esso significa il diritto a prendere parte al sistema delle conferenze e delle trattative che caratterizza la realtà del diritto interstatale europeo. Nel secolo XIX esso significò per il Reich tedesco e per l'Italia il diritto di accedere alle conquiste coloniali in Africa e nei Mari del Sud. La conferenza sul Congo del 1885, di cui dobbiamo ancora parlare, è in questo senso un esempio molto istruttivo. Il riconoscimento di una grande potenza ha costituito in ogni tempo un istituto giuridico-internazionale altrettanto importante di quello del riconoscimento di un nuovo Stato o di un nuovo governo, che era l'unico atto a essere tenuto presente nella trattazione del problema divenuta usuale dal 1890 in poi, allorché si parlava di riconoscimento internazionale come istituto giuridico.

Erano dunque le grandi potenze, nella loro qualità di sostenitrici e garanti dell'ordinamento spaziale da loro diretto, a conferire il proprio riconoscimento a tutti i mutamenti territoriali più rilevanti. Ogni riconoscimento di un nuovo Stato ha ovviamente in fondo un carattere spaziale. Esso consiste essenzialmente nel dichiarare che il relativo mutamento ter-

ritoriale può essere sostenuto dalla struttura complessiva dell'ordinamento spaziale comune esistente. Tale dichiarazione in realtà può significare in alcuni singoli casi, per lo Stato riconosciuto (specie trattandosi di Stati minori: ad esempio gli Stati balcanici sorti nel 1856 e nel 1878), una vera e propria assegnazione giuridico-internazio-nale, una *adjudicatio.* Si vede qui in modo più chiaro che mai che l'obbligo generale, che conferisce forza giuridica ad un ordinamento interstatale di potenze sovrane, non dipende dalla presunta volontà sovrana di ogni singolo membro, ma dall'appartenenza ad uno spazio e ad un territorio comuni la cui suddivisione costituisce il nomos complessivo dell'ordinamento.

Ogni conclusione di una pace che comporti rilevanti mutamenti territoriali diviene allora una faccenda comune riguardante l'intero ordinamento concreto. Ma poiché una guerra condotta tra i membri di una comunità giuridica internazionale deve verosimilmente portare alla conclusione di una pace, l'interesse dei non belligeranti deve manifestarsi in tutti i casi più importanti già durante la guerra. Tutte le guerre condotte sul suolo europeo tra Stati europei sono sempre seguite con vivo interesse da tutte le grandi potenze europee, e da esse influenzate nei risultati anche quando le potenze si mantengano neutrali. Nessuno ha giudicato questo attento interesse come un'ingerenza: ogni uomo di Stato europeo lo ha considerato come ovvio e ne ha tenuto conto. Il libero diritto alla guerra, il sovrano *jus ad bellum,* permette ad ogni membro di quest'ordinamento di intervenire formalmente in qualsiasi momento e di imporre così all'occorrenza la propria partecipazione alle consultazioni e alle deliberazioni. Ma anche senza questo tipo di imposizione, il diritto internazionale europeo retto dalle grandi potenze ha saputo costruire in forme relativamente elastiche e tollerabili il sistema delle grandi conferenze comuni, in cui avvenivano gli adattamenti spazia-

li. Questo accadde finché l'antico ordinamento spaziale, specificamente europeo, non venne dissolto in un universalismo privo di dimensione spaziale, senza che un nuovo ordinamento potesse subentrare al suo posto. Come già abbiamo accennato, lo si vide non soltanto nelle conferenze di pace di Parigi del 1919-20, ma ancor più - e con crescente chiarezza — nella prosecuzione di queste nelle conferenze dell'assemblea e del consiglio della Società delle Nazioni di Ginevra tra il 1920 e il 1938. In tali conferenze non si potè operare alcuna autentica aggiudicazione poiché esse non avevano come contenuto né l'antico ordinamento spaziale — specificamente europeo — fino ad allora esistente, né un nuovo ordinamento globale dello spazio. Ma su questo punto torneremo in un capitolo successivo (pp. 312 sgg.).

c) *La successione tra Stati nello «jus publicum Europaeum» (in seguito a conquista territoriale definitiva)*

Per trattare la questione della conquista definitiva di territorio tra membri della comunità giuridica internazionale nel quadro dell'ordinamento interstatale vigente, la scienza giuridica ha sviluppato una dottrina della *successione tra Stati.* Questa dottrina, come altre dottrine dello stesso sistema, si é costituita nella sua forma classica alla fine del secolo XIX. Il saggio di Max Huber sulla successione tra gli Stati, del 1898, offre un buon esempio in questo senso. Per i giuristi di diritto convenzionale positivo il problema è di facile soluzione: per loro vale solo ciò che si trova positivamente nei trattati. Ma così non risultano regolati i diritti degli Stati terzi. Nei trattati vi sono inoltre questioni intenzionalmente non regolate. Vi possono essere, ancora, regolamentazioni convenzionali,

espressione di una *opimo necessitatis,* di una convinzione giuridica, e infine casi di successione non convenzionale tra Stati, anzitutto in caso di annientamento dell'esistenza statale dell'avversario in guerra, ovvero di *debellatio,* e nel caso della formazione di un nuovo Stato in seguito alla separazione di una parte dello Stato preesistente.

Sul piano teorico si è generalmente d'accordo nel ritenere che nella cosiddetta successione tra Stati si verifichi un mutamento della sovranità statale, in conseguenza del quale il territorio interessato dal mutamento viene sottoposto al dominio di un centro di potere statale diverso da quello precedente. Su tale base viene elaborata la cosiddetta successione tra Stati dei secoli XIX e XX, quale istituto giuridico tipico della conquista territoriale interna all'ordinamento spaziale vigente. Concepire il mutamento di *imperium* statale su un determinato territorio come una *successione* significa fondare pretese e obbligazioni di diritto internazionale nei confronti del nuovo signore territoriale. Naturalmente il nuovo signore dovrà usare molteplici riguardi. Egli tratterà con maggiore o minore indulgenza i rapporti giuridici che avrà trovato preesistenti nel territorio acquistato; continuerà a corrispondere stipendi e pensioni ai funzionari; si assumerà spesso i debiti statali contratti dal sovrano precedente, ecc. E' ovvio che egli, qualora motivi politici non lo impediscano, preferisca lasciar sussistere le cosiddette servitù che già esistevano nel territorio acquistato. Ma i precedenti sono a questo proposito contraddittori e in nessun modo vincolanti.

Il metodo delle vuote generalizzazioni normativisti-che si mostra proprio qui nella sua ingannevole astrattezza, perché di fronte a un tipico problema spaziale come quello del mutamento territoriale trascura completamente ogni concreto punto di vista spaziale. E' ciò che avviene quando ad esempio il caso del rifiuto, da parte di una colonia d'oltre-

mare ancora del tutto isolata per la mentalità del tempo (gli Stati Uniti d'America nell'anno 1781), di assumersi alcun debito statale in seguito alla propria indipendenza viene equiparato a quello di una conquista territoriale intraeuropea, o addirittura intratedesca (l'assunzione dei debiti statali del debellato Hannover da parte della Prussia nel 1866), o di un altro caso intraeuropeo di tipo ancora diverso (la non assunzione dei debiti statali francesi per l'Alsazia-Lorena da parte del Reich tedesco nel 1871), il quale sarebbe stato equiparato a sua volta all'annessione del Transvaal del 1902. Questo normativismo oscuro e contraddittorio ha naturalmente, su un piano pratico, il significato di fornire — in un'epoca di dissoluzione — un argomento di cui potevano servirsi liberamente tutti gli interessati, a seconda delle esigenze della situazione. Ma, come viene assicurato, deve esserci accordo almeno sul fatto che il nuovo signore territoriale deve rispettare i diritti privati acquisiti. La Corte internazionale dell'Aja, nel parere del 10 settembre 1923 e nella sentenza n. 7 del 25 giugno 1926, che verteva sul conflitto tra il Reich tedesco e la Polonia per l'Alta Slesia, adoperò tutta la sua autorità affinché si parlasse a questo proposito di principio giuridico riconosciuto. Tentiamo ora, al di là della confusione prodotta dal contrasto delle opinioni e dei precedenti, di pervenire al nucleo dell'ordinamento concreto.

La prima questione è: in che senso, a proposito delle conquiste territoriali definitive che oggi vengono designate come successioni tra Stati, si può parlare propriamente di una *successione*? I diritti che il nuovo signore territoriale esercita e gli obblighi che gli competono sono almeno in parte identici a quelli del sovrano precedente? O manca invece ogni connessione giuridica, a meno che non sia posta dalla volontà sovrana del nuovo signore? Qualora il caso in questione venga considerato solo dal punto di vista dello Stato territoriale so-

vrano isolato, tutto sembra chiaro: il territorio statale appare come il teatro dell'*imperium;* nel caso di un mutamento territoriale il detentore dell'*imperium* se ne va e sulla scena si presenta un nuovo soggetto sovrano. Il subentrare del nuovo signore territoriale nella sovranità sulla terra acquistata, cioè la conquista territoriale, può essere pensato soltanto come un effettivo cessare della precedente sovranità e un effettivo instaurarsi della nuova. Di *successione* nel senso di una derivazione dei diritti, o di un subentrare nella situazione giuridica precedente, non si può propriamente parlare tra i singoli Stati sovrani. Si afferma invece in questo caso l'analogia con le costruzioni dell'antico diritto romano riguardanti l'acquisto di cose, in cui era sconosciuta la nozione di acquisto derivativo di cose. Nel diritto internazionale interstatale, per il quale tutto dipende dall'effettività del possesso del potere sovrano statale, sembra che non vi possa essere nient'altro che una successione *voluta.*

Tuttavia ci devono essere pretese e obblighi di diritto internazionale anche in relazione con gli Stati terzi. Il mutamento territoriale deve svolgersi infatti nel quadro di un ordinamento spaziale che continua a esistere, e ciò significa che la conquista territoriale deve essere istituzionalizzata dal diritto internazionale. Nel caso della conquista territoriale definitiva il problema è diverso da quello della conquista provvisoria, dotata di validità solo temporanea, la quale ha trovato la propria sistemazione nell'istituto giuridico dell'occupazione bellica, di cui parleremo nel prossimo capitolo. Nell'ipotesi, qui in questione, della conquista territoriale definitiva il precedente sovrano si è definitivamente *ritirato,* ovvero ha *ceduto.* Per il pensiero orientato in riferimento alla sovranità degli Stati isolati è questo *tirarsi indietro* dal territorio, questo *cedere,* che sgombra la strada all'acquirente subentrante, e il nuovo sovrano territoriale appare così nella veste di acquirente ori-

ginario. I teorici continentali del diritto internazionale, autori francesi e tedeschi come G. Gidel, F. von Liszt, W. Schönborn, tendono pertanto in generale a negare una successione giuridica. Acquisto originario significa allora praticamente libertà sovrana nel trattamento del territorio acquistato, ovvero un atteggiamento libero sotto ogni profilo, che si traduce in una posizione giuridica favorevole all'*acquirente* e che è pertanto da quest'ultimo sostenuta in caso di controversia.

Nonostante ciò, almeno per quanto riguarda l'acquisto di territorio europeo, si è sempre in presenza di una successione, anche se non di una successione tra Stati. Infatti il mutaménto territoriale si svolge nel quadro di un ordinamento spaziale complessivo, che comprende tanto il vecchio quanto il nuovo signore territoriale. Si produce così una continuità che non è dovuta alle relazioni speciali e isolate tra i precedenti e i successivi detentori della sovranità territoriale, ma al fatto che entrambi fanno sempre capo al *medesimo spazio* e al suo ordinamento. Autori anglosassoni come T.E. Lawrence, J. Westlake, L. Oppenheim, Halleck, J. Basset Moore, parlarono senza esitazione di successione giuridica nel senso di un acquisto derivativo. Questa costruzione, nella sua generalità, era favorevole a *Stati terzi* nei confronti dell'acquirente, e venne di conseguenza fatta valere spesso da questi contro l'acquirente, mentre invece la tesi opposta dell'acquisto originario fu fatta valere dall'acquirente al fine di avere mano libera. Ma è anche vero che dopo la *debellatio* del Transvaal (1902), ad esempio, il governo inglese rifiutò ogni obbligo costruito sulla base della successione giuridica, e A. Berrydale Keith sostenne giuridicamente tale punto di vista nella sua *Teoria della successione tra gli Stati* del 1904, senza purtroppo richiamarsi però, malgrado il sottotitolo del proprio saggio (*Con speciale riferimento alla legge inglese e coloniale)*, a una prospettiva spaziale, la quale soltanto avrebbe permesso di fare

chiarezza sull'argomento. L'acquisto del territorio sudafricano poteva allora essere ancora considerato come un evento esterno al diritto internazionale europeo. Del resto, anche negando e rifiutando la tesi della successione giuridica e avvalendosi di altre argomentazioni, per esempio del diritto consuetudinario, di presunzioni della volontà statale o, ancora, di concetti civilistici o generalistici (come l'arricchimento, l'onere, l'accesso al patrimonio), si sarebbero potuti costruire legami giuridici di diverso genere che quanto agli effetti pratici avrebbero equivalso o quanto meno si sarebbero avvicinati alla successione giuridica. Ma nella maggior parte dei casi erano sufficienti considerazioni morali, come nel caso del Transvaal, di cui l'Inghilterra si assunse poi di fatto i debiti pur rifiutandosi di apparire obbligata giuridicamente.

Vogliamo tuttavia lasciare da parte la facciata di tali controversie e prestare piuttosto attenzione a due prospettive essenziali, che furono talora decisive anche nel corso dell'argomentazione. La prima prospettiva è quella spaziale. Essa si affermò in maniera sorprendentemente chiara nel caso della mancata fortificazione militare delle isole Aaland, dove mostrò come ogni analogia con il concetto civilistico di servitù fosse fuori luogo. Allorché il Consiglio della Lega di Ginevra fu investito, in base all'art. 11 del patto, della questione delle isole Aaland, una commissione di giuristi venne incaricata di procedere alla formulazione di un parere. Tale commissione giunse nella sua relazione del 5 settembre 1920 alla conclusione che lo Stato acquirente (la Finlandia) fosse tenuto a non fortificare militarmente le isole Aaland a causa di un obbligo contrattuale assunto dal precedente sovrano (la Russia) nel corso della conferenza di pace di Parigi del 1856, e ciò poiché tale obbligo era ormai elemento costitutivo del *droit commun européen*. Il trattato che fondava l'obbligo alla non fortificazione era stato infatti concluso dalla Russia, potenza obbli-

gata, con l'Inghilterra e la Francia, e da queste tre potenze sottoscritto e indicato espressa-mente quale parte integrante di un trattato generale collettivo, il trattato di Parigi del 1856, « pour consolider par là les bienfaits de la paix générale ». Un richiamo al *droit commun européen* come questo è di per sé possibile a proposito di ogni obbligo, comunque configurato, derivante da simili trattati collettivi europei tra grandi potenze. Ma qui, nel caso della questione della demilitarizzazione di isole importanti per il dominio marittimo sul Mar Baltico, era sensato che si parlasse di diritto europeo. Questo rappresentava, anzi, il punto di vista decisivo, poiché l'interesse collettivo in gioco non era un qualsiasi interesse particolare, ma quello complessivo dell'ordinamento spaziale europeo, sostenuto dalle potenze europee. Finché ci fu un siffatto ordinamento spaziale specificamente europeo, tale prospettiva fu legittima e convincente, superiore a tutte le costruzioni giuridiche della servitù o della successione. Invece nel quadro del patto della Lega di Ginevra, l'argomento appare fuori luogo e il richiamo a un *droit commun européen* suona postumo e apocrifo, poiché quel patto — come mostreremo in seguito — non contiene alcun riferimento all'ordinamento spaziale, soprattutto all'ordinamento spaziale europeo.

La seconda prospettiva che fa luce sulla contraddittoria dottrina della successione tra Stati può essere ricavata considerando il lato economico del problema spaziale. Essa spiega l'unanimità con cui, come si è già accennato, venne accolto il principio del rispetto dei diritti privati acquisiti. Riguarda infatti il presupposto tacito dell'intera dottrina *classica* della successione tra Stati, ovvero la circostanza che tutti gli Stati interessati al mutamento territoriale, anche se pervenuti a gradi di sviluppo ben diversi, riconoscevano in quel principio il medesimo ordinamento economico. La costituzione economica comunemente riconosciuta crea uno spazio economico

comune. Nel XIX secolo era l'ordinamento dell'economia libera e autogovernata. I dazi protettivi del tempo non avevano annullato il dato di fatto fondamentale di una libera economia comune. Si costituiva così a partire dall'economia un proprio spazio giuridico-internazionale, un libero mercato comune, travalicante i confini politici degli Stati sovrani. Sotto il profilo del diritto costituzionale, per tutti gli Stati di questo ordinamento giuridico-internazionale si instaurava un medesimo rapporto comune tra diritto pubblico e privato, e tra Stato e società non statale.

Questo standard — così come, del resto, la configurazione giuridico-internazionale dell'occupazione militare nella guerra terrestre, di cui dobbiamo ancora parlare — è una premessa tacita e ovvia nella tradizionale prassi e nella teoria della successione tra gli Stati, e sta alla base di ogni argomentazione ed elaborazione di esse. Attraverso la netta separazione tra autorità statale di diritto pubblico (*imperium* o *jurisdictio)*, da una parte, e proprietà di diritto privato (*dominium*), dall'altra, diventa possibile tenere fuori dal campo della discussione giuridica la questione più difficile, cioè quella di un mutamento costituzionale totale collegato al mutamento territoriale. Dietro il primo piano della sovranità statale riconosciuta restava l'ambito del privato, il che significa qui in particolare l'ambito dell'economia privata e della proprietà privata, non toccata dal mutamento territoriale. L'ordinamento internazionale del mercato libero — ossia liberale — sostenuto dall'impresa e dal commercio privato, il fenomeno internazionale del commercio mondiale parimenti libero, la libera circolazione del capitale e del lavoro, tutto ciò — nel caso di un mutamento territoriale — aveva sostanzialmente tutte le assicurazioni internazionali di cui vi era praticamente bisogno. A tutti gli Stati civilizzati era comune in questo periodo tanto la distinzione tra diritto pubblico e privato, quan-

to lo standard del costituzionalismo liberale, per il quale la proprietà (*property*), quindi il commercio, l'economia e l'industria, appartenevano alla sfera della proprietà privata costituzionalmente protetta. Questo standard costituzionale poteva venire considerato come fondamentalmente riconosciuto da tutti gli Stati interessati al mutamento territoriale.

Questo significa una prospettiva decisiva per il nostro problema: un mutamento territoriale *non è un mutamento costituzionale* nel senso dell'ordinamento sociale e della proprietà. Anche qui l'ordinamento della proprietà è una parte dell'ordinamento giuridico-internazionale. Per la prassi della vita interstatale questo è più importante di tanti altri singoli problemi e determina il carattere giuridico reale di un mutamento territoriale in misura maggiore della terminologia, apparentemente così rigorosa, della sovranità statale; maggiore anche di quella che è espressa nella separazione apparentemente così netta, tra interno ed esterno e tra pubblico e privato. Quale componente dell'ordinamento spaziale, lo standard comune del costituzionalismo è più efficace di tutte le costruzioni dualistiche riferite allo Stato, nella loro fittizia assenza di relazioni tra interno ed esterno.[5] Nel diritto interstatale del secolo XIX il mutamento territoriale è esclusivamente mutamento di un *imperium* di diritto pubblico, e non mutamento dell'ordinamento dell'economia e della proprietà. Un mutamento territoriale statale che comportasse nello stesso tempo un mutamento radicale nell'ordinamento della proprietà del territorio investito sarebbe stato visto allora come bolscevico. Fino a che una conquista internazionale di suolo statale riguardò solo la scena dell *'imperium,* essa si svolse nel rispetto fondamentale, al suo interno, della proprietà privata sul territorio. Ciò è quanto vi **è** di praticamente essenziale in questo periodo. I trattati periferici di Parigi del 1919 comportavano forti ingerenze nella proprietà privata tedesca, ma in-

tendevano mantenersi ancora fondamentalmente, nell'insieme, all'interno dello standard costituzionalistico, cosicché i difensori degli interessi tedeschi potevano bene argomentare su questa base. L'idea che ad uno Stato fosse consentito, in forza della sua sovranità, introdurre un sistema economico diverso da quello della libera economia non era ancora entrata nell'orizzonte di queste costruzioni giuridico-internazionali. Il principio *cujus regio, ejus oe-conomia* non rappresentava un pericolo per il sistema generalmente riconosciuto e ovunque uguale della libera economia, perché tutti gli Stati della comunità giuridica internazionale restavano nel quadro del medesimo sistema economico.

Un problema del tutto diverso dalla conquista territoriale in Europa, che si svolgeva nella forma del mutamento di *imperium* statale e nel contemporaneo rispetto dell'ordinamento privatistico della proprietà e dell'economia, era quello della conquista di suolo coloniale libero fuori dell'Europa. Questo suolo era liberamente occupabile, in quanto non apparteneva ancora ad uno Stato ai sensi del diritto intrastatale interno europeo. Nel caso di popoli non civilizzati, il potere dei capi indigeni non era un *imperium,* e l'uso del suolo da parte degli indigeni non era proprietà. Non si poteva di conseguenza parlare qui di successione giuridica nell'*imperium,* e ciò anche se i conquistatori europei avessero concluso trattati con i principi o i capi indigeni e se questi trattati fossero stati considerati per qualche motivo vincolanti. Non occorreva in tal caso che lo Stato conquistatore prestasse attenzione ai diritti sul suolo che trovava preesistenti, sempre che non si trattasse della proprietà privata di cittadini di Stati civilizzati, membri dell'ordinamento giuridico-internazionale interstatale. Se le relazioni degli indigeni con il suolo quali erano state trovate dallo Stato conquistatore, e concernenti l'agricoltura, il pascolo e la caccia, dovessero o meno essere viste come *proprietà,*

questo era un problema a sé, la decisione sul quale era di pertinenza esclusiva dello Stato conquistatore. Non ci furono considerazioni di diritto internazionale a favore dei diritti sul suolo degli indigeni, del tipo di quelle che nel corso della successione tra Stati dell'epoca liberale vennero accampate in favore della proprietà privata sul suolo e dei diritti acquisiti.

Dal punto di vista della proprietà privata, del *dominium*, lo Stato conquistatore può considerare la terra coloniale conquistata come senza padroni allo stesso modo in cui essa è senza padroni dal punto di vista del diritto internazionale, dell'*imperium*. Può eliminare i diritti territoriali degli indigeni e dichiararsi unico proprietario dell'intero suolo; può subentrare nei diritti dei capi indigeni indipendentemente dal fatto che si tratti o meno di un'autentica successione giuridica; può creare una proprietà privata dello Stato e accompagnarla a un certo riconoscimento dei diritti d'uso degli indigeni; può introdurre una proprietà pubblica con amministrazione fiduciaria dello Stato; può anche mantenere i diritti d'uso degli indigeni e ricoprirli con una sorta di *dominium eminens*. Tutte queste diverse possibilità sono state effettivamente attuate nella prassi della conquista coloniale dei secoli XIX e XX.[6] Si tratta di questioni che non sono né di diritto internazionale-interstatale né di diritto internazionale privato, e nemmeno puramente intrastatali. E' qui evidente il particolare *status territoriale della colonia* e altresì la suddivisione territoriale del globo in normale suolo statale e suolo coloniale. Questa suddivisione caratterizza la struttura del diritto internazionale dell'epoca e ne delinea la struttura spaziale. Naturalmente, nella misura in cui il suolo coloniale d'oltremare viene equiparato indiscriminatamente al territorio statale europeo, muta anche la struttura del diritto internazionale europeo fino ad allora esistente, che trova così la sua fine. Il concetto di

colonia comporta pertanto un carico ideologico che investe in primo luogo i possessori europei di colonie.

d) *L'« occupatio bellica » nello «jus publicum Europaeum » (la presa di possesso provvisoria)*

La logica che è propria dell'ordinamento concreto del diritto internazionale europeo si basa in ogni suo momento su un sistema di Stati territoriali sovrani, diretti da un governo centrale. Di qui la risposta a un quesito evidente su un piano pratico: quello degli effetti giuridico-internazionali dell'occupazione militare di territori liberi, ma situati all'interno di un ordinamento spaziale comune. Il problema riguarda la questione giuridico-internazionale della conquista territoriale di suolo *non liberamente occupabile* ed è quindi rilevante nel nostro contesto.

Fintanto che la guerra viene condotta sul piano del diritto internazionale in base a pretese giuridiche nel senso del diritto feudale o in base all'ereditarietà dinastica, essa costituisce una realizzazione e un'esecuzione del diritto, alla maniera dell'autodifesa. Vengono così offuscate la chiarezza formale e la decisione della statalità pura, che procedono dal concetto di Stato. Agli occhi del signore feudale, che realizza da sé il proprio diritto mediante la guerra e la faida, non sussiste alcuno spazio per l'istituto giuridico dell'*occupatio bellica,* dell'occupazione militare. La sua guerra è pura prepotenza. Ciò che egli sottrae all'avversario, lo trattiene come suo buon diritto o come garanzia del suo buon diritto. In questo tipo di autodifesa autoritaria non si può neppure riconoscere un'esecuzione provvisoria, poiché l'occupazione di un territorio sul

quale grava una giusta pretesa costituisce un'attuazione già definitiva del diritto, e non soltanto provvisoria.

Ma il problema si presenta difficile anche nel caso del concetto non discriminante di guerra che è proprio del diritto internazionale vigente tra Stati sovrani. Anche qui non c'è un vero e proprio istituto giuridico dell'occupazione militare, ma naturalmente per una ragione del tutto diversa, opposta rispetto alla concezione medioevale. Verrebbe fatto di credere che la sovranità statale, con il suo potere effettivo organizzato su una superficie territoriale delimitata, si estenda già di per sé agli ambiti di dominio occupati. Corrisponderebbe di conseguenza alla logica del diritto internazionale interstatale la convinzione che ad ogni occupazione militare-statale effettiva di un territorio sia collegato un *mutamento immediato della sovranità* sul territorio occupato, sempre che lo Stato occupante non abbia disposto — in forza della propria volontà sovrana — che il mutamento di sovranità avvenga non a proprio vantaggio, ma a vantaggio di un altro sovrano. Effettivamente, con la formazione del moderno Stato sovrano si ebbe di fatto, nei secoli XVII e XVIII, questa prassi del mutamento immediato della sovranità in seguito a occupazione militare: il *déplacement immédiatde souveraineté.* Tale prassi era però offuscata da numerosi residui di concezioni medioevali, feudali e dinastiche e, per quanto riguarda il Reich tedesco, dal carattere non statale di esso. Le guerre europee dei secoli XVII e XVIII furono condotte in gran parte come guerre di successione dinastica. Nella trattatistica corrispondente, l'occupante che si sostituisce immediatamente al sovrano precedente, senza attendere cioè la fine della guerra o la conclusione di una pace, viene chiamato con termine tecnico *usurpator.*[7] Inoltre, nelle guerre di alleanza spesso non era chiaro per conto di chi l'esercito occupante tenesse occupato il territorio. Né la questione appariva così urgente come lo sarebbe

stata nel XX secolo. Infatti l'occupante del XVIII secolo lasciava perlopiù sussistere il diritto fino ad allora vigente, e in particolare il diritto privato: proprietà privata e diritti acquisiti — dunque la struttura sociale complessiva — restavano largamente inviolati. In seguito alla tolleranza religiosa dell'assolutismo illuminato, dal XVIII secolo in poi anche i rapporti ecclesiastici nella maggior parte dei casi non furono sfiorati dal mutamento di sovranità.

Così il problema della conquista territoriale, che si poneva già con l'occupazione, non venne sempre riconosciuto in modo netto sul piano pratico. Il mutamento immediato di sovranità in seguito a occupazione militare non ebbe, ai fini pratici, gli effetti pieni della conquista territoriale. Esso non riguardava la costituzione nel pieno significato, sociale ed economico, della parola, ma soltanto la persona del sovrano e il suo seguito, oltre che l'amministrazione e la giustizia statali. Ma anche qui era solo il chiaro carattere formale del concetto moderno di Stato a fare l'ordine concreto, almeno per quanto riguardava gli Stati territoriali dell'Europa continentale. Lo Stato centralizzato europeo trasformò i concetti e le situazioni giuridiche medioevali, che si affermavano grazie a vincoli personali di fedeltà, in uno Stato sovrano territorialmente chiuso dotato di normazione impersonale e calcolabile.

Uno storico del diritto francese, I. Lameire, ha raccolto sulla prassi del *déplacement immédiat de souveraineté* un ricchissimo materiale tratto dagli archivi locali, con numerosi esempi riguardanti le guerre francesi, spagnole e italiane del XVII e XVIII secolo. La sua esposizione è perlopiù prolissa e priva di elaborazione concettuale, ma l'idea che la sorregge è chiara e più significativa per il concetto di Stato nella storia del diritto internazionale di numerosi svolgimenti generici riscontrabili nel diritto naturale dei vari Grozio, Pufen-dorf,

Wolff e Vattel, come pure di numerosi argomenti pseudogiuridici del diritto internazionale positivisti-co del tempo, costruiti su base romano-civilistica. Entrambe le tendenze del diritto internazionale, che pure sono così diverse l'una rispetto all'altra, sono incapaci di fornirci un aiuto sul nostro tema. Lameire dimostra, al contrario, come la prassi della sovranità statale avesse eliminato le oscurità della situazione giuridica medioevale. I richiami alla tutela e all'attuazione del diritto nel senso delle faide e delle guerre del diritto feudale o imperiale tedesco appaiono ora nella loro fastidiosa e sconcertante *precarietà*. Tutto ciò che non è relativo allo Stato diventa *oscuro* e *precario;* esso scompare non appena fa la sua comparsa lo Stato, territorialmente chiuso e indipendente, con la sua sovranità chiara e tagliente. Lo Stato estende il suo potere centralizzante ovunque il proprio esercito abbia occupato di fatto una determinata superficie di terraferma. Senza dover attendere un trattato di pace, è sufficiente il fatto della *conquista* [*Eroberung*], nel senso dell'occupazione effettiva. E' sufficiente il possesso amministrativo effettivo per dar luogo, se l'occupante lo desidera, ad un mutamento immediato di sovranità, al fine di sottomettere al nuovo sovrano gli abitanti e le autorità del territorio occupato e di derivare quindi da questo sovrano ogni potere interno al territorio occupato stesso.

E' quanto Lameire dimostra riferendosi al comportamento nei confronti della giurisdizione e degli uffici amministrativi di ogni tipo nei territori occupati durante i secoli XVII e XVIII. Un esempio apparentemente piccolo ma eloquente, al quale egli attribuisce giustamente un grande valore, è costituito dall'immediata sostituzione del sigillo notarile. Gli abitanti del territorio occupato vengono immediatamente trattati come sudditi. Il nuovo sovrano è legislatore: con ciò si ammette in modo tacito che egli resti nell'ambito dello *jus publicum Europaeum*, che mantenga fondamentalmente le istitu-

zioni fino ad allora esistenti e che rispetti i diritti acquisiti e la proprietà privata.[8] Una certa correzione di questo mutamento di sovranità, solo apparentemente radicale, è insita in un assai poco chiaro *jus postliminii,* concesso sia allo Stato avversario in quanto tale, sia ai privati e alle relazioni di diritto privato.[9]

Quando però le guerre europee si legarono a una rivoluzione politica e sociale, divenne evidente - almeno per qualche anno — che cosa significava il fatto che un'occupazione militare comportasse il mutamento immediato della sovranità e l'allontanamento dal quadro di un ordinamento spaziale complessivo e omogeneo. Gli eserciti della Francia rivoluzionaria, che a partire dal 1792 avevano marciato sul Belgio, la Germania, l'Italia e la Svizzera, annunciarono subito, fin dal loro apparire, la *libertà* del popolo e l'eliminazione dei privilegi feudali. L'occupazione militare provocò allora un *mutamento costituzionale* nel pieno senso politico, economico e sociale della parola. Dopo la vittoria della restaurazione legittimistica (1815), questo venne considerato naturalmente come un comportamento contrario al diritto internazionale. Ma la restaurazione legittimistica, che pure era riuscita a ristabilire alcuni privilegi, non fu poi in grado di impedire la vittoria in tutta Europa della costituzione borghese e del costituzionalismo liberale. Restò infatti il rispetto fondamentale per la proprietà privata; esso corrispondeva ai princìpi del costituzionalismo e quindi si identificava con il rispetto fondamentale per il nuovo tipo di costituzione.

Proprio Talleyrand, sostenitore con successo del principio della legittimità dinastica al Congresso di Vienna, fu pure colui che difese contemporaneamente il carattere puramente statale della guerra. Egli aveva presente la guerra tra Stati territoriali europei in quanto guerra condotta da entrambe le parti da *justi hostes* e considerata giusta sotto il profilo del di-

ritto internazionale, e cercò di imporre questo tipo di guerra, di fronte alla guerra marittima inglese, come l'unico valido per il diritto internazionale. Ma la pura guerra statale si fonda su princìpi affatto moderni, e non certo feudali-medioevali o cetuali. La restaurazione della guerra statale puramente militare era di conseguenza infinitamente più importante di ogni legittimità dinastica e di ogni privilegio nobiliare reinstaurato. Infatti, il modo della limitazione della guerra è decisivo per il diritto internazionale e se la guerra diventa un confronto puramente interstatale, essa non può toccare il rimanente ambito non statale — in particolare l'economia, il commercio e l'intero dominio della società civile. Anche l'occupazione militare non può toccare la *costituzione,* ovvero i princìpi fondamentali del sistema costituzionale borghese. L'occupante non deve cambiare nulla della struttura economica e sociale del territorio occupato e quale titolare dei poteri d'occupazione è presupposto - malgrado la consueta diffidenza nei confronti delle forze militari - un comandante militare, e non ad esempio un commissario civile.

In seguito alle guerre napoleoniche, dalle disposizioni degli occupanti di guerra e dal mutamento nel comando sul territorio sorsero numerose questioni giuridiche, che riguardavano soprattutto gli acquisti demaniali e la riscossione dei crediti dello Stato. I giuristi dei singoli Stati tedeschi svilupparono allora ulteriormente l'idea della sovranità statale nel suo aspetto reale, distinguendo lo Stato in quanto tale da quelli che di volta in volta erano i detentori del potere statale. Venne definita con tutta chiarezza la continuità dello *Stato in quanto tale,* dello *Stato in quanto persona giuridica,* anche nel caso di mutamento del detentore del potere. Lo Stato si rendeva indipendente dal problema se il detentore di turno del potere statale fosse legittimo o meno. Così come sotto il profilo del diritto internazionale la guerra statale si era svincolata dalla

questione della giustizia o dell'ingiustizia del motivo della guerra, allo stesso modo, *sotto il profilo del diritto costituzionale,* si prescindeva dalla questione della *justa causa.* Tutto il diritto sta ormai nella forma esistenziale dello Stato. « La giuridicità del fondamento non **è** requisito sostanziale del potere dello Stato », aveva sottolineato con grande naturalezza la Corte del Reich tedesco ancora in occasione del mutamento di regime e di costituzione del 1918-19.[10] Ben distinto dal detentore temporaneo della sovranità statale, che può essere legittimo o non legittimo, legale o non legale, ben distinto dal regime mutevole, emerge ora in tutta la sua chiarezza giuridica, anche in direzione dell'interno, il soggetto giuridico autonomo *Stato,* contraddistinto dagli elementi del territorio, dei sudditi e del potere organizzato.

Fu particolarmente nell'elettorato dell'Assia che si giunse a numerose controversie giudiziarie, processi e pareri, allorché il principe elettore, restaurato quale sovrano legittimo, cercò di rendere giuridicamente nulle e inesistenti le disposizioni e i provvedimenti presi dal re di Westfalia (1806-12). La questione riguardava praticamente le disposizioni emanate dal sovrano provvisorio circa il patrimonio statale e circa la situazione giuridica dei debitori dello Stato, e in primo luogo se l'estinzione delle pretese dovesse avvenire mediante pagamento o per condono. Le corti di giustizia e i giuristi dell'elettorato dell'Assia, malgrado le disposizioni in senso contrario del principe elettore, partivano dal presupposto che la regione dell'Assia fosse rimasta, anche sotto il dominio del re di Westfalia, sempre lo stesso Stato, e che in quanto soggetto giuridico fosse identica allo Stato dominato dal principe elettore di prima, ora ritornato. L'idea dell'identità e della continuità dello Stato era più forte di ogni legittimità e persino di ogni legalità. Il mutamento di governo e di regime non significava dunque alcun mutamento della sovranità statale,

non indicava *alcun caso di successione tra Stati*, come d'altronde la semplice occupazione bellica non significava ancora un *mutamento di governo*. Così il re di Westfalia, al potere tra il 1806 e il 1812, non era un semplice occupante bellico (come lo era stato ad esempio lo stesso Napoleone nel breve periodo di occupazione militare del territorio dello Hanau), ma qualcosa di più: era il portatore di una reale sovranità statale. Certo, in confronto al principe legittimo egli era soltanto un *governante temporaneo*, ma in confronto al puro e semplice occupante bellico era invece un *governante effettivo, statale*. Le sue disposizioni erano emanazione di una sovranità statale e non potevano pertanto essere considerate come nulle, ma erano invece atti statali pienamente validi.[11]

Si stabilì in questo modo un '*opposizione* concettuale tra l'occupazione militare, *Yoccupatio bellica*, e il *mutamento* non solo *di sovranità*, ma anche *di regime*. L'occupazione non era più una *conquista territoriale* e non comportava quindi alcun mutamento di territorio, bensì una presa di possesso puramente provvisoria e fattuale del suolo e delle cose che si trovavano in esso, come pure una sottomissione egualmente provvisoria e fattuale delle persone che si trovavano sul suolo occupato, della loro amministrazione e della loro giustizia. Essa sottostava alla *riserva dello jus postliminii*, vale a dire della sempre possibile reintroduzione dello stato di fatto precedente, e ciò a sua volta con la riserva di convalida dei mutamenti fattuali nel frattempo avvenuti a buon titolo. L'occupazione militare non sopprimeva dunque l'identità e la continuità dello Stato cui il territorio occupato apparteneva, così come essa non cancellava la sua sovranità statale sul territorio occupato. Essa non assomigliava neppure a un mutamento di regime, e tanto meno comportava un mutamento costituzionale nel territorio occupato. Il suo carattere provvisorio e meramente fattuale determinava la sua natura di diritto pubblico e di di-

ritto internazionale. Con l'ausilio di tali distinzioni venne a formarsi sempre più chiaramente nel corso del secolo XIX un particolare istituto di diritto internazionale, l'*occupatio bellica, l'oc-cupazione militare effettiva,* che non rappresenta per il territorio occupato né un mutamento territoriale, né un mutamento costituzionale, né un mutamento di regime, e che deve quindi essere distinto da ognuno di questi tre mutamenti di status.

E' curioso e istruttivo vedere come proprio l'accentuazione del carattere *meramente provvisorio* e *fattuale* dell'occupazione bellica abbia prodotto l'elaborazione di un concetto giuridico di questa occupazione. Per il giurista di formazione civilistica era naturale, a questo proposito, lavorare sulla distinzione tra proprietà e possesso, e su quella tra mutamento di proprietà e mutamento di possesso, giungendo a dire che l'occupante militare era, fino alla definitiva conclusione della guerra, non già proprietario, ma solo possessore. Ciò però dava luogo soltanto ad analogie incomplete, che non coglievano il nucleo della questione. Si trattava infatti di una definizione di diritti, e dunque di un autentico problema dell'ordinamento spaziale, di soluzione particolarmente difficile per un diritto internazionale di Stati territoriali sovrani. Come è possibile configurare, senza ricorrere al mutamento della sovranità, un'autorità statale che sia esercitata mediante un potere effettivo su un territorio statale straniero contro la volontà del suo sovrano? Qui, infatti, uno Stato sovrano sta di fronte a un altro Stato sovrano. Ma il potere statale sovrano è soprattutto potere effettivo, e lo Stato occupante estende il suo potere effettivo al territorio dell'avversario, il quale non dispone più di potere effettivo. Malgrado ciò l'estensione effettiva del potere non deve comportare alcun mutamento di sovranità, di regime e di costituzione. Come è possibile tutto ciò teoricamente, e come lo è nella sostanza? Fare riferimento alla volontà so-

vrana dell'occupante, il quale rinunciasse liberamente al mutamento di sovranità, sarebbe una mera finzione, ovvero un principio teoricamente del tutto vuoto e praticamente assai precario.

Nonostante questa difficoltà di costruzione giuridica non si può negare che l'*occupatio bellica* sia diventata, dal 1815 in poi, un istituto giuridico-internazionale riconosciuto. Dapprima nella conferenza di Bruxelles del 1874, e poi nelle convenzioni del primo e del secondo (sostanzialmente concorde con il primo) ordinamento della guerra terrestre dell'Aja, del 1899 e del 1907 (artt. 42 sgg.), tale istituto ha trovato una regolamentazione esplicita. Il suo fondamento è la netta distinzione tra il mutamento di sovranità, e pertanto il mutamento territoriale, e il cambiamento provvisorio introdotto dall'occupazione militare. Una dottrina diffusa tentò di chiarire tale difficile distinzione con l'ausilio di una costruzione giuridica altrettanto difficile: quella per cui lo Stato occupante esercita certamente un potere statale sul territorio nemico occupato, ma non il suo proprio potere, bensì quello dello Stato cui appartiene il territorio occupato, e per cui quest'esercizio di potere non si fonda su un'autorizzazione da parte dello Stato avversario, ma su un proprio titolo giuridico-internazionale originario. Il titolo giuridico-internazionale appare dunque qui come un fondamento giuridico autonomo, e non già derivato dalla sovranità degli Stati in questione. Ad impedire l'immediato mutamento di sovranità non è la rinuncia dell'occupante, come non è l'autorizzazione dell'occupato ciò che conferisce all'occupante il proprio diritto ad esercitare un potere statale straniero.

Il dato di fatto reale è che il comandante militare della forza d'occupazione entra in diretto contatto con la popolazione del territorio occupato. Inizia così una « comunità giuridica provvisoria tra il nemico e gli abitanti del territorio occu-

pato».[12] Questa è la realtà incontestabile, che non può però conciliarsi con l'assolutezza dogmatica della cosiddetta teoria dualistica del rapporto tra interno ed esterno. Essa non è infatti né di diritto puramente intrastatale, né di diritto puramente interstatale. La popolazione del territorio occupato non era considerata come soggetto di diritto, e tentativi isolati — come ad esempio quello del giurista italiano Gabba — di considerarla come tale rimasero senza seguito. I teorici dell'istituto giuridico-internazionale dell' *occupazione militare* non si accorsero inoltre neppure del sorprendente parallelo che nasceva tra le competenze di diritto internazionale spettanti al comandante militare della forza d'occupazione sul territorio nemico occupato e le competenze di diritto pubblico interno spettanti al detentore del potere esecutivo sullo spazio che fosse stato dichiarato in stato di guerra, d'assedio o d'eccezione. Di conseguenza tutte le questioni pratiche più importanti rimasero, sul piano giuridico, senza quella risposta che sarebbe invece stata richiesta dalla situazione reale. Ciò vale in particolare per le difficili, ma inevitabili situazioni che ricadono sotto la problematica degli *ostaggi,* e per i relativi provvedimenti. La scienza positivistica del diritto costituzionale continentale non offre alcun aiuto rispetto al problema dello stato d'eccezione. Ciò dipende dalla natura del metodo positivistico, il quale - a causa della sua dipendenza dalla posizione del diritto ad opera della volontà statale - soccombe di fronte alle difficoltà tanto di diritto internazionale quanto di diritto costituzionale. Perlopiù si arresta semplicemente di fronte al problema, dichiarandolo *non giuridico,* ma politico.

Si spiegano così le abili costruzioni che nel corso del XIX secolo furono escogitate per l'istituto giuridico dell'occupazione militare di territorio nemico e mediante le quali si cercò di evitare il vero e proprio problema spaziale: quello di un potere statale straniero sul territorio di uno Stato sovrano an-

cora esistente. Tali complicate costruzioni che si destreggiano tra le due sovranità statali sono, malgrado tutto, tipiche del diritto internazionale europeo del XIX secolo. Esse hanno condotto all'ultima impresa del diritto internazionale dello *jus publicum Europaeum,* a un istituto giuridico di classica coerenza, ovvero a una giuridicizzazio-ne e quindi a una limitazione della guerra. In questo concetto di *occupatio bellica,* elevato a istituto di diritto internazionale, convergono cinque diversi fattori, contenenti in parte configurazioni giuridiche, in parte idee storico-politiche del XIX secolo:

1) L'idea dello *justus hostis,* ovvero la non-discriminazione dell'avversario bellico.

2) La concezione della guerra terrestre continentale come pura guerra di combattenti *[Kombattantenkrieg\,* che è essenzialmente uno scontro tra eserciti statali contrapposti, e che tenta di mantenere separato l'ambito puramente militare da tutti gli altri ambiti: dell'economia, della vita civile e spirituale, della Chiesa e della società. Le disposizioni dell'occupante dovrebbero di conseguenza essere emanate da un comandante militare. Un commissario civile farebbe qui sorgere, malgrado la consueta diffidenza per le forze militari, maggiori perplessità, poiché egli incarna un collegamento tra i campi separati.

3) Gli ultimi effetti del *vecchio* principio di legittimità, riconosciuto dal Congresso di Vienna. Tale principio era diventato importante in quanto incoraggiava a pensare l'opposizione tra diritto e potere effettivo, contribuendo al superamento della prassi del mutamento di sovranità immediatamente successivo all'occupazione effettiva (*changement* o *déplacement immédiat de souveraineté).*

4) Gli incipienti effetti del *nuovo* principio di legittimità, ovvero del diritto all'autodeterminazione democratica dei popoli. Questo nuovo principio di legittimità si contrappone sì al vecchio principio di legittimità monarchico-dinastica, ma è anche vero che — come ogni principio di legittimità — esso in quanto tale mantiene aperta la distinzione tra diritto e potere effettivo, tra diritto autentico e mero fatto. Un principio di legittimità democratica distingue inoltre tra il popolo e il potere statale del momento e, finché la democrazia è vista come una liberaldemocrazia, distingue anche tra Stato e libera società individualistica. Tutte queste distinzioni portano a ritenere che l'occupazione effettiva di un territorio non sia, da sola, da ritenersi definitiva, ma che occorra invece attendere atti giuridici adeguati, come un trattato di pace o un plebiscito.

5) Lo standard costituzionale europeo del XIX secolo, che eleva la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico a condizione normale della vita intrastatale. Alla fine del secolo, all'epoca degli accordi dell'Aja sull'ordinamento della guerra terrestre, il costituzionalismo liberale era sinonimo della civiltà europea. L'economia, in particolare, apparteneva all'area del privato non statale. Questo standard costituzionale intrastatale viene presupposto tacitamente, e spesso anche espressamente, dal punto di vista del diritto internazionale, da entrambe le parti belligeranti.

Il dominio del costituzionalismo liberale porta ad escludere sul piano pratico l'idea che all'*occupatio bellica* possa collegarsi un mutamento costituzionale. Nella prospettiva di entrambi gli Stati, l'occupante e l'occupato, è presupposta la validità di una costituzione nel senso del costituzionalismo [*konstitutionelle Verfassung*]. Di qui prende le mosse ovviamente anche l'ordinamento della guerra terrestre dell'Aja. Il rispetto dei princìpi fondamentali del costituzionalismo (che ven-

gono generalmente equiparati al concetto stesso di costituzione) esclude in particolare, da parte del comandante militare delle forze d'occupazione e da parte dello Stato occupante, interventi sulla proprietà privata. Che lo Stato occupante inglobi l'intera economia del territorio occupato nella propria, è una possibilità completamente estranea alla mentalità del secolo XIX, che presupponeva da entrambe le parti il medesimo sistema economico liberale. Tali possibilità oltrepassano tutto ciò che gli autori dell'ordinamento della guerra terrestre dell'Aja avevano immaginato con il concetto di occupazione bellica.

Il dominio del costituzionalismo liberale in quanto standard costituzionale comune a entrambe le parti dal punto di vista del diritto internazionale è il fattore decisivo per lo sviluppo complessivo dell'*occupatio bellica,* che ha trovato nella conferenza di Bruxelles del 1874 e negli ordinamenti della guerra terrestre dell'Aja del 1899 e del 1907 la sua formulazione classica. Abbiamo già incontrato la connessione tra la struttura giuridica internazionale e lo standard costituzionale a proposito dell'istituto giuridico della conquista territoriale definitiva, della cosiddetta successione tra Stati. Qui, per quanto riguarda *l'occupatio bellica,* dobbiamo ricordare ancora una volta, in conclusione, la sorprendente affinità sostanziale che vi è tra l'istituto giuridico-internazionale dell'occupazione militare di territorio e lo stato d'assedio o d'eccezione all'interno dello Stato costituzionale del costituzionalismo [*konstitutioneller Verfassungsstaat]*. In entrambi i casi uno stato *[Zustand]* che necessita di provvedimenti straordinari e che spezza pertanto la costituzione rimarrebbe legato alla costituzione medesima che continuerebbe a valere. In entrambi i casi si assiste al tentativo di rispondere alla difficile questione sottolineando il carattere meramente provvisorio di questo stato e dei suoi provvedimenti.

La separazione dualistica tra diritto internazionale e diritto pubblico interno è qui come in altri casi una questione solo di facciata. Durante l'intero XIX secolo, fino alla guerra mondiale del 1914-18, uno standard costituzionale comune supera — sia nello sfondo che nella sostanza — l'opposizione, apparentemente così netta, tra interno ed esterno e fa apparire questo *dualismo* come una questione di secondaria importanza, interessante solo dal punto di vista giuridico-formale. Là dove manchi lo standard costituzionale comune del costituzionalismo europeo, anche l'istituto giuridico dell *'occupatio bellica* non può praticamente attuarsi. Quando la Russia nel 1877 occupò il territorio ottomano, le antiche istituzioni islamiche furono subito cancellate dal territorio occupato e proprio F. Martens, che nel corso della conferenza di Bruxelles del 1874 era stato propugnatore dell'istituto giuridico dell'*occupatio bellica*, giustificò l'immediata introduzione di un ordinamento sociale e giuridico nuovo e moderno affermando che sarebbe stato insensato consolidare grazie al potere militare russo proprio quelle regole e quelle condizioni antiquate la cui eliminazione era stata lo scopo principale della stessa guerra russo-turca.[13]

Note

1 Su ciò, O. Brunner, *Land und Herrschaft,* cit.

2 Così ad esempio nel saggio *Universales oder europäisches Völkerrecht! Eine Auseinandersetzung mit Professor Carl Schmitt,* in « Die Friedenswarte», 1941, 4, pp. 157 sgg.

3 « Every arrangement of the map of Europe is regarded of generai interest to all members of the European politicai

system, and any of them may claim to have a voice in it ». Ciò è espressamente presentato da John Westlake come l'« idea giuridica generale di sviluppo naturale » (in *Collected Papers,* 1914, p. 122).

4 Come ha illustrato più volte il maggiore esperto del diritto costituzionale federalistico, Cari Bilfinger, ad esempio nella sua relazione alla riunione dell'Associazione dei giuristi tedeschi di diritto pubblico, tenutasi a Jena nel 1924 (vol. I delle *Schriften* dell'Associazione, Berlin, 1924).

5 Sul rapporto tra i due dualismi (da un lato quello tra interstatale e intrastatale, dall'altro quello tra pubblico e privato): C. Schmitt, *Uber die zwei großen Dualismen des heutigen Rechtssystems. Wie verhält sich die Unterscheidung von Völkerrecht und staatlichem Recht zu der innerstaatlichen Ubderscheidung von öffentlichen und privatem Recht?,* nel volume in onore di Georgios Streit, Atene, 1939, ristampato in *Positionen und Begriffe,* Hamburg, 1940, pp. 261 sgg.

6 A questo proposito si veda il lavoro già citato di W. Wengler, *Vergleichende Betrachtungen über die Rechtsformen des Grundbesitzes der Eingeborenen,* in « Beiträge zur Kolonialforschung», III, 1942, pp. 88 sgg.

7 Cfr. S. Cocceio, *De regimine usurpatoris,* Frankfurt a.O., 1702 (anche nel suo commento a Grozio, I, cap. iv, par. 15, e III, cap. vi, par. 9). Non è privo d'importanza il fatto che la rielaborazione sulla base del diritto romano del problema dello *jus postliminii* poteva fare riferimento al titolo 15, 14 del *Codex Theodosianum,* che recava quale sottotitolo: *De infirmandis his quae sub tyrannis aut barbarie gesta sunt.*

8 I. Lameire, *Théorie et pratique de la conquète dans l'ancien droit. Etude de droit international ancien,* voll. I-V, Paris, 1902-1911. L'autore scarica sul lettore l'imponente materiale d'archivio di cui dispone, rinunciando a una « sintesi », che lascia al let-

tore. Il che rende più difficile la lettura del libro. Malgrado ciò, comprendo il particolare interesse che Maurice Hauriou (*Principes de droit public,* 2ª ediz., Paris, 1916, p. 339 nota) manifesta per quest'opera, che è più importante per la storia del diritto internazionale e del diritto pubblico di molte costruzioni teoriche, lasciando riconoscere la struttura di un diritto internazionale puramente statale non comparabile al diritto internazionale medioevale. Ogni ordinamento concreto del diritto internazionale interstatale si fonda sulla forma organizzativa territoriale *Stato* e non su un *diritto* separato da quest'ultima. Che le relazioni interstatali siano qualcosa di completamente diverso dalle relazioni internazionali proprie di un sistema feudale o di un impero, risulta qui evidente sull'esempio della *conquista* militare.

9 Cfr. su questo punto Grozio, III, 9; Vattel, III, 14; A.W. Heffter, *op. cit.,* pp. 324 sgg. (in seguito alla liberazione di fatto dal potere nemico, i rapporti giuridici che erano stati disturbati dalla guerra si ricompongono « nella loro connessione primitiva »). Heffter distingue tra il *postliminium* dei poteri « statali e internazionali » e quello delle persone private e dei rapporti tra privati.

10 « Entscheidungen in Zivilsachen », C, 1920, p. 27.

11 Cfr. B.W. Pfeiffer, *Inwiefern sind Regierungshandlungen eines Zwischenherrschers für den rechtmäßigen Regenten nach dessen Rückkehr verbindlich?,* Kassel, 1819; *Das Recht der Kriegseroberung in Beziehung auf Staatskapitalien,* Kassel, 1823. Non ho potuto vedere Schweikart, *Napoleon und die Kurhessischen Kapitalschuldner,* 1837.

12 E. Loening, *Die Verwaltung des General-Gouvernements Elsass-Lothringen,* Strassburg, 1874, p. 35. Quest'opera è di gran lunga la migliore e la più precisa che sia apparsa sul problema in questione nella letteratura tedesca.

13. E.A. Korowin, *Das Völkerrecht der Übergangszeit*, a cura di Herbert Kraus, Berlin, 1929, p. 135.

5. *Cenni sulle possibilità e sulle componenti del diritto intemazionale non relative allo Stato*

Il diritto internazionale interstatale dello *jus publicum Europaeum* è soltanto una delle molte possibilità del diritto internazionale presenti nella storia del diritto. Esso contiene nella sua realtà propria anche forti elementi *non* statali. La parola « inter-statale » non significa dunque in alcun modo l'isolamento di ogni soggetto giuridico-internazionale di questo tipo di ordinamento. Al contrario. Il carattere interstatale deve essere compreso solo a partire da un ordinamento spaziale complessivo che sorregge gli Stati stessi.

Dopo il 1900 è diventato usuale distinguere in modo rigorosamente dualistico tra *interno* ed *esterno.* Ma così facendo si è offuscato il senso della realtà del diritto internazionale interstatale. In particolare non si è prestata sufficiente attenzione al fatto che lo Stato del diritto internazionale europeo reca *in se stesso,* nella sua configurazione classica, un netto dualismo, e precisa-mente quello tra diritto *pubblico* e *privato.* Entrambi i dualismi non possono essere isolati.[1] Purtroppo invece tale isolamento è diventato pressoché ovvio nella pratica ultraspecializzata della scienza giuridica odierna. A ciò si aggiunse il fatto che il *common law* inglese rifiutò il dualismo tra pubblico e privato, come pure il concetto di Stato proprio dello Stato continentale europeo. Continua tuttavia a valere ciò che Maurice Hauriou, il maestro della nostra disciplina, ha soste-

nuto una volta per tutte nei suoi *Principes de droit public* (cit., pp. 303 sgg.), ovvero che ogni regime statale, nel senso specifico e storico del termine *Stato*, poggia su una separazione tra centralizzazione pubblica ed economia privata.

Ma quanto più duramente, nell'ambito del pubblico, si chiusero le porte al dualismo tra interno ed esterno, tanto più importante fu il fatto che, nell'ambito del privato, le porte restarono aperte e che continuò a sussistere una rilevante influenza della sfera privata, in particolare dell'economia, tendente ad esorbitare dai propri confini. Da questa situazione dipendeva l'ordinamento spaziale dello *jus publicum Europaeum*. Al fine di comprendere la realtà del diritto internazionale interstatale sono perciò opportune parecchie distinzioni, che evidenziano le possibilità e gli elementi non statali presenti anche in un diritto internazionale per il resto interstatale.

Il prospetto che segue intende richiamare alcune forme in cui si manifesta il diritto internazionale, che stanno al di fuori dei concetti relativi allo Stato e che appartengono invece al grande ambito del diritto internazionale non interstatale. Purtroppo il termine *Stato* risulta ormai ridotto a un concetto generico e indistinto: un abuso che produce una generale confusione. In particolare è avvenuto che rappresentazioni spaziali appartenenti all'epoca specificamente statale del diritto internazionale, tra il secolo XVI e il XX, siano state trasferite a ordinamenti di diritto internazionale essenzialmente diversi. Di fronte a ciò, è opportuno ricordare che il diritto internazionale interstatale è limitato a manifestazioni storiche, vincolate alla loro epoca, dell'unità politica e dell'ordinamento spaziale della terra e che, persino in quest'epoca interstatale, sono sempre state decisive, accanto a quelle puramente interstatali, anche altre relazioni, regole e istituzioni non interstatali.

I. Il diritto internazionale, lo *jus gentium* nel senso di uno *jus inter gentes*, dipende naturalmente dalla forma organizzativa di queste *gentes* e può significare:

1) diritto tra *popoli* (tra famiglie, stirpi, clan, tribù, ceppi, nazioni);

2) diritto tra *città* (tra *poleis* e *civitates* autonome; diritto intermunicipale);

3) diritto tra *Stati* (tra gli ordinamenti territoriali centralizzati di entità sovrane);

4) diritto vigente tra autorità *spirituali* e potenze mondane (papa, califfo, buddha, dalai lama nelle loro relazioni con altre entità aventi un potere, soprattutto in quanto portatori della guerra santa);

5) diritto tra *imperi, jus inter imperia* (tra grandi potenze dotate di una sovranità spaziale più ampia del territorio statale), che deve essere però distinto dal diritto internazionale tra popoli, tra Stati o d'altro tipo, valido *all'interno* di un impero o di un grande spazio.

II. Accanto allo *jus gentium* nel senso di uno *jus inter gentes* (diverso a seconda delle forme strutturali delle *gentes)* può sussistere un *diritto comune generale*, valido anche al di là dei confini delle *gentes* chiuse in sé (popoli, Stati, imperi). Esso può sussistere all'interno di uno standard costituzionale comune o di un minimo di organizzazione interna presupposta o di concezioni e istituzioni comuni in campo religioso, civile ed economico. Il caso più importante è rappresentato da un diritto degli uomini liberi alla proprietà e ad un minimo di procedura (*due process of law)*, generalmente riconosciuto al di là dei confini degli Stati e dei popoli.

Sussisteva così nel diritto internazionale europeo del XIX secolo, accanto al diritto propriamente inter-sta-tale, distinto dualisticamente tra interno ed esterno, un *diritto economico* co-

mune, un diritto privato internazionale, il cui standard costituzionale comune (la costituzione nel senso del costituzionalismo) era più importante della sovranità politica dei singoli ordinamenti territoriali chiusi (politicamente, ma non economicamente). Solo quando la sovranità politica cominciò a diventare autarchia economica venne meno assieme allo standard costituzionale comune presupposto anche l'ordinamento spaziale comune.

Lorenz von Stein si riferisce a questi due diversi diritti (quello interstatale e quello generale comune) allorché distingue tra *Völkerrecht*, in quanto diritto interstatale, e *internationales Recht*, in quanto diritto comune dell'economia e dello status degli stranieri.

Questo diritto internazionale del libero commercio e della libera economia si congiunse nel corso del XIX secolo con il principio della libertà dei mari, di cui l'impero mondiale inglese era l'interprete. L'Inghilterra, che per parte sua non aveva sviluppato il dualismo tra diritto pubblico e privato proprio dello Stato continentale, potè così entrare direttamente in rapporto con la componente privata, svincolata dallo Stato, che era presente in ogni Stato europeo. Il collegamento delle due libertà ha condizionato la realtà del diritto internazionale del XIX secolo in misura assai maggiore della sovranità interstatale di Stati tra loro equiparati. Da tale collegamento derivano dunque le due grandi libertà di quest'epoca: la libertà dei mari e la libertà del commercio mondiale.

Note

1 Cfr. C. Schmitt, *Über die zwei großen Dualismen des heutigen Rechtssystems. Wie verhält sich die Unterscheidung von Völkerrecht und staatlichem Rechi zu der innerstaatlichen Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht?*, cit.

IV

LA QUESTIONE DI UN NUOVO NOMOS DELLA TERRA

1. *L'ultima conquista territoriale europea complessiva. (La conferenza sul Congo del 1885)*

Il periodo tra il 1870 e il 1890 fu per l'Europa un periodo di grandissimo ottimismo. Erano ormai svaniti i moniti degli anni 1815-48 ed erano state dimenticate le prognosi di uomini illustri, come Berthold Georg von Niebuhr, Alexis de Tocqueville e Donoso Cortés. Va da sé che anche la voce di un povero hegeliano come Bruno Bauer era caduta nel vuoto. Dopo la vittoriosa guerra di Crimea contro la Russia (1854-56) e la terribile guerra civile negli Stati Uniti (1861-64) l'Europa si era gravemente ingannata circa la sua vera posizione tra Oriente e Occidente. I successi di Bismarck (1864-71) e l'unificazione nazionale dell'Italia (1870) non avevano fatto altro che rendere ancor più grave questo generale autoinganno. La fede crescente nella civiltà e nel progresso europeo si manifestava in numerosi progetti di organizzazione complessiva dell'Europa, di federazione degli Stati europei o addirittura di un unico Stato federale. A presentare tali progetti erano celebri teorici del diritto pubblico, come Lorimer (1877) e Bluntschli (1878). Il documento più sorprendente di questo ottimismo, che pervadeva allora l'intera Europa, è costituito dalla proposta avanzata nel 1885 da Lorenz von Stein — celebre maestro tedesco di scienze dello Stato — onde garantire in tempo di guerra la sicurezza del normale traffico ferroviario attraverso i paesi belligeranti. « In nome dell'integrità

del grande organismo degli scambi europei e dell'unità costituzionale dell'Europa » Stein chiedeva la neutralizzazione delle grandi linee ferroviarie del continente. Oggi, alla luce delle esperienze successive, tali progetti degli anni anteriori al 1890 appaiono ormai ancora più profondamente patetici.[1]

In quest'epoca dell'ultima fioritura dello *jus publicum Europaeum* si situa anche l'ultima conquista comune di territorio non europeo da parte di potenze europee, ovvero l'ultimo grande atto di un diritto internazionale comune europeo. L'oggetto della conquista fu il territorio africano. In questo stesso arco di tempo, tra il 1870 e il 1900, vennero accolti poco alla volta nell'ordinamento del diritto internazionale europeo anche popoli asiatici - in primo luogo il Giappone -, dapprima mediante trattati, in seguito attraverso la creazione di organismi amministrativi come l'Unione postale mondiale, e infine quali veri e propri Stati membri equiparati a quelli europei. Ma è sul territorio africano che si svolse una singolare competizione, che vide come pro-tagoniste le spedizioni di ricerca e le compagnie coloniali di recente fondazione, facenti capo alle nazioni europee.

Nel corso di tale competizione si pervenne a scoperte ed esplorazioni scientifiche, ma anche a prese di possesso più o meno simboliche e a trattati con le popolazioni indigene e con i loro capi. Ci furono spesso casi di trattati stipulati con autorità non statali: si trattava di esempi tipici della componente non specificamente interstatale del diritto internazionale, ma — come è ovvio - non rappresentavano alcun titolo giuridico per il diritto internazionale interstatale, ovvero per il diritto internazionale degli Stati sovrani europei del tempo. Essi, tuttavia, almeno secondo un'opinione inglese assai influente, avevano un grande valore pratico quali metodi di preparazione o d'accompagnamento del titolo giuridico riconosciuto dell'occupazione effettiva. Nel diritto internazionale

interstatale del secolo XIX le scoperte, le esplorazioni e le prese di possesso simboliche avevano assunto importanza pratica quali segni d'avvio di un'occupazione, quali *titoli incoativi* (cfr., sopra, p. 111). Questi titoli dovevano conferire per un certo tempo, *a reasonable time,* allo scopritore e al primo esploratore una priorità nell'acquisizione della terra scoperta, in forza dell'occupazione effettiva. Naturalmente, va da sé che i concorrenti meno fortunati, perché giunti in ritardo, si riservavano di contestare eventualmente anche questo titolo iniziale, e di insistere sull'unico titolo giuridico dell'occupazione, o addirittura dell'occupazione puramente effettiva.

Antiche forme di acquisizione di territorio coloniale mediante compagnie private di commercio, praticate nel secolo XVII e quindi per lungo tempo ritenute superate dall'evoluzione statale, tornarono ora in vita per alcuni decenni in numero sorprendente. Ebbero così origine numerose nuove compagnie coloniali, appartenenti a tutte le grandi potenze europee. Il Reich tedesco e l'Italia presero parte alla grande conquista adeguandosi a quelle che erano allora le forme giuridico-internazionali di essa, soprattutto la fondazione di compagnie coloniali. Contemporaneamente le potenze coloniali europee - l'Inghilterra, la Francia, il Reich tedesco, l'Italia, il Portogallo — conclusero tra loro, quali membri della famiglia delle nazioni europee, vari trattati per la delimitazione delle zone d'influenza e delle sfere d'interesse.

In questo modo si verificò però un disordine pittoresco e una confusa compresenza di titoli giuridici internazionali: scoperte scientifiche ed esplorazioni, rilevamenti cartografici, prese di possesso simboliche e fattuali (quand'anche non ancora effettive), nonché migliaia di trattati, spesso formulati nel modo più oscuro, che i privati e le compagnie coloniali concludevano con i capi delle tribù indigene. Il disordine veniva poi mascherato con accordi interstatali tra i governi in-

teressati alla conquista africana. I trattati interstatali erano volti al riconoscimento reciproco del diritto alla conquista, in particolare alla demarcazione delle zone d'occupazione di pertinenza dei partner europei in quanto Stati direttamente interessati a determinare le proprie sfere geografiche d'interesse e d'influenza, e tutto ciò con l'esplicita approvazione o con il tacito consenso di potenze terze, le quali si astenevano dal-l'intervenire.

Il coronamento di questa gara di aspirazioni, titoli giuridici e prese di possesso, avvenne in occasione di un grande congresso internazionale sulla conquista territoriale, la conferenza sul Congo svoltasi a Berlino negli anni 1884-85. Alla conferenza presero parte: il Reich tedesco, l'Austria-Ungheria, Belgio, Danimarca, Spagna, Stati Uniti d'America, Francia, Gran Bretagna, Italia, Olanda, Lussemburgo, Portogallo, Russia, Svezia e Norvegia e l'impero ottomano. Alla presidenza era il cancelliere del Reich tedesco, il principe Bismarck, che in quell'occasione ebbe modo di rivelarsi effettivamente come l'ultimo grande statista del diritto internazionale europeo. Il risultato della conferenza furono gli «Atti del Congo», ultimo singolare documento di una fede ininterrotta nella civiltà, nel progresso e nel libero scambio, e della pretesa — che su tale fede si basava — alla libera occupazione da parte europea del suolo aperto del continente africano.

La *Weltanschauung* civilizzatrice di questi anni è l'ultimo relitto di un'altra epoca, nella quale l'Europa era ancora il centro sacrale della terra; è una secolarizzazione ormai scaduta a caricatura. Per dare un'idea del suo spirito e del suo linguaggio sono emblematiche le parole del re Leopoldo del Belgio, fondatore della Società internazionale del Congo, che disse allora alla lettera: « Portare la civiltà in quella sola parte del globo dove essa non è ancora giunta, dissipare le tenebre che avvolgono ancora intere popolazioni: questa è — oso dirlo —

una *crociata* degna di questo secolo di progresso ».[2] Il diritto sorto da quella conferenza fu occasionalmente definito «diritto internazionale africano», *droit international africain,* il cui compito avrebbe dovuto essere quello di stabilire la sorveglianza europea, la *haute surveillance de l'Europe.*[3]

Ma ormai la conferenza non era più una faccenda meramente europea. Gli Stati Uniti d'America vi avevano infatti preso parte in maniera quanto mai effettiva. Essi possedevano già dal 1848, nella repubblica della Liberia, una certa base d'appoggio in Africa. Inoltre avevano esercitato un'influenza decisiva procedendo, il 22 aprile 1884, al riconoscimento della bandiera della Società internazionale del Congo, benché quest'ultima non fosse uno Stato. Tutto ciò aveva dato adito a una situazione di confusione, consistente nel fatto che una colonia internazionale veniva trattata quale Stato indipendente. Il concetto centrale del diritto internazionale interstatale europeo fino ad allora vigente veniva ora turbato. Nel corso della stessa conferenza gli Stati Uniti avevano esercitato un'influenza rilevante, specialmente riguardo alla questione della neutralizzazione del bacino congolese. Essi tuttavia non ratificarono gli « Atti del Congo » e anche in seguito, allorché durante la prima guerra mondiale, nel 1914, la questione della neutralizzazione del bacino congolese tornò ad avere rilevanza pratica, rifiutarono ogni collaborazione. Già in questa conferenza sul Congo si vide così quella combinazione di assenza sul piano formale e di presenza su quello fattuale, cioè quella singolare contraddizione nel comportamento degli Stati Uniti d'America rispetto all'Europa, che dopo la prima guerra mondiale si sarebbe fatta ancora più vistosa, e che tratteremo più avanti.

Alla relativizzazione dell'Europa da parte dell'Occi-dente americano non corrispondeva allora ancora alcun pericolo riconoscibile da oriente. La Russia era considerata nel XIX

secolo come una grande potenza conservatrice, anzi, come la potenza più conservatrice d'Europa. Ad una partecipazione del Giappone o ad un grande spazio est-asiatico autonomo nessuno pensava. Quanto all'impero ottomano, la Grande Porta, esso era rappresentato alla conferenza, com'era naturale, in ragione dei suoi estesi possedimenti africani, dopo che già nella conferenza di Parigi del 1865 era stato ammesso con pieno diritto formale a partecipare « ai vantaggi, *avantages,* del diritto pubblico e del concerto europeo ». La liquidazione dell'impero ottomano in Africa e in Asia potè così essere allontanata per alcuni decenni. Il carattere europeo della conferenza sul Congo non fu però compromesso dalla presenza del rappresentante ottomano, al contrario, e comunque non fu affatto posto in discussione da oriente in modo paragonabile a quello che si profilava da occidente con la partecipazione degli Stati Uniti d'America.

La conferenza sul Congo ha formulato le regole della conquista europea di territorio africano nel prudente rispetto della sovranità di ogni Stato. Gli « Atti del Congo » stabiliscono all'art. 34 l'obbligo di una notificazione: la potenza firmataria che in futuro prenda possesso di territorio costiero africano situato all'esterno dei suoi attuali possedimenti, o che acquisisca tale territorio senza disporre di alcun possedimento africano, o infine che vi assuma un protettorato, dovrà accompagnare all'atto relativo — la presa di possesso — una notificazione rivolta alle altre potenze firmatarie, in modo che queste possano all'occorrenza far valere le proprie obiezioni, *réclamations.* (Così viene fondato l'obbligo di notificazione nell'art. 34 del testo). Nell'art. 35 segue la formulazione, in conformità alle condizioni del tempo, dei requisiti dell'occupazione. Vengono riconosciuti determinati obblighi, collegati all'esercizio dell'occupazione. Questa formulazione necessita di un esame più ravvicinato. Essa possiede una gran-

dissima rilevanza già per il fatto che, in quanto testo autentico di un accordo solenne sull'occupazione, è parte integrante della storia di un titolo giuridico fondamentale destinato a giustificare per alcuni secoli la conquista di territorio libero. La baldanzosa civiltà europea e la fede in un sistema liberale dell'economia mondiale si combinano qui con il concetto giuridico di occupazione in una giustificazione della conquista di territorio non europeo. Va notato che l'Europa e l'Africa continuano a essere viste qui come spazialità tra loro essenzialmente diverse sul piano del diritto internazionale. Non si era ancora giunti alla piena soppressione di ogni distinzione specificamente territoriale, come è nella logica dell'economia di mercato e del commercio mondiale. Restavano invece diversi nel loro status giuridico-internazionale, da una parte, il territorio statale europeo, ovvero il territorio metropolitano, e dall'altra il territorio coloniale; è anche vero però — come vedremo — che alcuni governi avevano già fatto valere, proprio nel corso della stessa conferenza, l'equiparazione di diritto internazionale tra territorio statale e colonia.

« Le potenze firmatarie riconoscono l'obbligo di garantire nei territori costieri africani da loro occupati la presenza di un'autorità che basti a far rispettare i diritti legittimamente acquisiti e, se necessario, la libertà del commercio e del transito sulla base delle condizioni convenute ». Ciò non significava ancora la successiva occupazione effettiva, consistente nella semplice equiparazione generale tra lo status territoriale coloniale e il territorio statale della madrepatria. La conferenza sul Congo non arrivò a tal punto. La comunanza di interessi e di convinzioni tra le potenze conquistatrici europee era ancora troppo forte e scorgeva allora nella concezione liberale della proprietà e dell'economia una garanzia di progresso, civiltà e libertà. In ciò l'Europa del tempo aveva trovato un ultimo standard comune che è espresso nella locuzio-

ne concernente i *diritti acquisiti* e nella garanzia del libero commercio. L'art. 1 degli « Atti del Congo » garantiva infatti a tutte le nazioni piena libertà di commercio nell'intero bacino congolese, e nell'art. 6 anche libertà di coscienza, tolleranza religiosa e libertà di culto. Ad un'occupazione effettiva nel senso di un'equiparazione, dal punto di vista del dominio, tra il suolo africano e il territorio statale europeo non si era ancora pensato, e questo anche se l'occupazione era sottoposta a requisiti attenuati e adattati alla situazione di fatto.

Gli « Atti del Congo » cercarono di collegare a tale regime di libertà internazionale una neutralizzazione del bacino congolese. Il modo in cui fu fatto questo tentativo è per noi di grande rilievo sintomatico. La neutralizzazione doveva essere una garanzia del libero commercio; doveva però anche impedire che gli Europei muovessero guerra gli uni contro gli altri sul territorio centroafricano sotto gli occhi dei negri e con l'utilizzazione dei negri. Si sarebbero avute brutte conseguenze, aveva detto il principe Bismarck il 26 febbraio 1885 nel suo discorso presidenziale al congresso, se gli indigeni fossero stati coinvolti nei conflitti tra le potenze civilizzate. Fa qui la sua comparsa, in modo inequivocabile, l'idea di un certo tipo di *linea d'amicizia*. Ma mentre le linee d'amicizia dei secoli XVI e XVII, che abbiamo sopra ricordato, avevano fatto dello spazio non europeo il teatro di una lotta indiscriminata tra

Europei, la linea d'amicizia degli « Atti del Congo », al contrario, intendeva limitare la guerra europea al territorio dell'Europa, preservando lo spazio coloniale dallo scandalo di una lotta tra Europei. Rispetto ai secoli XVI e XVII, questo è in apparenza il segno di una più alta solidarietà e di un sentimento più forte della razza comune. Però questo bell'accordo non si riferisce a tutto il territorio africano, ma soltanto al bacino del Congo e ai negri della regione. Inoltre esso con-

tiene numerose contraddizioni interne, le quali — non appena si diede realmente, nel 1914, il caso di una guerra europea tra le potenze conquistatrici — resero praticamente nullo il valore dell'atto, svelando l'intima fragilità di tale solidarietà tra civilizzati e dell'ordinamento spaziale su di essa fondato.

Gli « Atti del Congo » comprendevano infatti in primo luogo, all'art. 10, una «dichiarazione di neutralità dei territori del bacino congolese ». Sia il contenuto che lo stile di questa dichiarazione dovevano, già pochi anni dopo, diventare incomprensibili alla concezione giuridica dominante. Essi sono pertanto ancor più istruttivi circa il mutamento che avvenne dal 1890 in poi e circa il modo in cui era in generale considerata la struttura spaziale del diritto internazionale europeo. L'art. 10 dice che le potenze firmatarie si obbligano a rispettare la neutralità dei territori (*territoires*) del bacino congolese *fintanto che* le potenze europee detentrici di sovranità su questi territori coloniali o titolari in essi di un protettorato facciano uso del proprio diritto di dichiararsi neutrali, adempiendo agli obblighi che la neutralità comporta. Considerato astrattamente, tutto ciò suona strano e addirittura incomprensibile alla concezione oggi dominante. Già dalla fine del secolo XIX in poi la scienza del diritto internazionale europeo tese in misura crescente a considerare indistintamente come *territorio statale* tutti i territori dotati di sovranità spaziale dello Stato, fossero essi madrepatria o colonia. Sulla distinzione del territorio statale europeo dallo status giuridico-internazionale del suolo non europeo si fondava tuttavia la struttura spaziale del diritto internazionale specificamente europeo nel senso tradizionale. Se ora non si distingue più tra quello che è il suolo del territorio statale nel senso del diritto internazionale europeo - il suolo europeo — e il suolo coloniale extraeuropeo, situato in terre d'oltremare, allora l'intera struttura spaziale del diritto internazionale europeo viene ab-

bandonata. Perché la limitazione della guerra ha un significato sostanzialmente diverso a seconda che si tratti di guerra interstatale intraeuropea o di guerre coloniali extraeuropee.

Già nel corso delle trattative della conferenza sul Congo, i rappresentanti della Francia (de Courcel) e del Portogallo (de Serpa Pimentel) avevano sostenuto l'assoluta eguaglianza tra gli status territoriali, considerando il suolo delle colonie e delle terre d'oltremare come un dominio posto sullo stesso piano del « territorio statale » della madrepatria europea. A quel tempo una simile equiparazione aveva però ancora un qualcosa di artificiale e dava l'impressione di una tesi negoziale puramente teorica, fondata su motivazioni tattiche. Ma la scienza giuridica puramente positivistica affermatasi dopo il 1890, la quale si riferiva esclusivamente alle leggi statali e alle norme dei trattati interstatali, fece dell'ordinamento concreto di un diritto internazionale europeo allora ancora effettivo nient'altro che una somma di norme in qualche modo vigenti. Essa perse così ogni sensibilità per la struttura spaziale di un ordinamento concreto e per le diversità - a quest'ultima essenziali e specifiche — tra gli status territoriali del diritto internazionale. Tale scienza conosceva ormai dal punto di vista del diritto internazionale soltanto il territorio statale o la terra libera da dominio statale, e toglieva pertanto alla colonia il suo significato spaziale proprio.

E' allora ancor più interessante considerare maggiormente in dettaglio da questa prospettiva spaziale il contenuto e lo stile dell'art. 10 degli « Atti del Congo ». In quest'articolo viene esplicitamente convenuto, con lo scopo di fornire una nuova garanzia al commercio e all'industria, alla salvaguardia della pace e allo sviluppo della civiltà, che la neutralità dei possedimenti coloniali nel bacino congolese deve essere rispettata fintanto *(aussi longtemps)* che la potenza europea titolare del possesso si mantenga essa stessa neutrale. Dovrebbe

essere cosa del tutto ovvia che in base alla concezione successiva, che riconosce un solo status territoriale — quello del territorio statale sovrano —, il suolo coloniale appartenente a uno Stato europeo è, indipendentemente dalla sua posizione geografica, teatro di guerra o territorio neutrale esattamente come il suolo della madrepatria europea. Per una tale concezione, convenire esplicitamente e solennemente su tutto ciò poteva solo generare confusione. In realtà, per il diritto internazionale europeo del tempo la diversità degli status territoriali coloniali e d'oltremare era ancora ovvia, fondandosi anzi su di essa l'intera struttura spaziale della terra. Non dobbiamo far altro che ricordare le linee d'amicizia dei secoli XVI e XVII per renderci conto del carattere fondamentale della questione. Alla luce di tali suddivisioni spaziali l'art. 10 degli « Atti del Congo » rappresenta un esempio istruttivo di come fosse allora ancora viva la consapevolezza della diversità tra gli status territoriali e di come quest'ultima sarebbe svanita, subito dopo il 1890, con il crollo del diritto internazionale europeo.

La questione dell'equiparazione o della distinzione degli status territoriali ebbe un'attualità pratica nel settore belga del bacino congolese, allorché la colonia internazionale del Congo, che nel 1885 era stata riconosciuta come *Stato indipendente,* venne acquisita da uno Stato europeo stabilmente neutrale, il Belgio, divenendo così colonia belga. Dopo anni di trattative e di discussioni l'acquisizione ebbe finalmente luogo nel 1907. Poiché lo status territoriale del Belgio era fin dal 1839, sotto la garanzia delle grandi potenze europee, quello della neutralizzazione, sembrava che secondo il disposto dell'art. 10 — di tenore astratto — anche la neutralizzazione del Congo belga dovesse risultare un fatto certo. Ma la sensibilità per la differenza tra lo status territoriale europeo e quello africano non era ancora del tutto spenta. Già dal

1895, ovvero fin dai primi piani di annessione da parte del Belgio dello Stato indipendente del Congo, si era sollevata la questione fondamentale se uno Stato europeo stabilmente neutralizzato potesse in generale acquisire possedimenti e colonie fuori dell'Europa. Tale questione poteva naturalmente sorgere soltanto nel quadro dell'antico diritto internazionale europeo, che presupponeva un diverso status territoriale per la madrepatria e per le colonie. La questione avrebbe perso invece ogni senso qualora ogni terra dominata da uno Stato fosse stata considerata indiscriminatamente, senza alcuna attenzione per la prospettiva spaziale, come « territorio statale ». Di fronte a un'astratta equiparazione territoriale non è davvero possibile comprendere perché l'acquisizione di colonie debba essere vietata a uno Stato neutralizzato e perché non qualsiasi Stato possa detenere un dominio su una qualche porzione di terra situata in parti ancora così remote del globo. In verità, la neutralizzazione del Belgio, fino al 1914, rientrava nella struttura spaziale del diritto internazionale europeo. Un tale status territoriale, risultante dalla neutralizzazione dello Stato, e la limitazione della guerra che ne determinava il significato, non potevano essere trasferiti al suolo coloniale africano e alle guerre coloniali.

La questione - disputata per oltre un decennio - se uno Stato neutralizzato potesse o meno acquisire colonie aveva dunque un suo senso per l'ordinamento spaziale del diritto internazionale.[4] Essa concerneva il problema centrale di ogni ordinamento giuridico internazionale: la limitazione della guerra. Egualmente istruttivo era pure il metodo adottato praticamente per la sua soluzione. Secondo il punto di vista dei Belgi, lo status territoriale che caratterizzava la colonia del Congo belga era regolato esclusivamente dagli « Atti del Congo», il che vuol dire che la neutralità di questo territorio africano era solo « facoltativa » e — a differenza di quella del

Belgio - non era garantita dalle grandi potenze. Ebbene, applicando la distinzione, consueta negli accordi di garanzia, tra *respecter* e *faire respecter* le potenze firmatarie non si erano impegnate diretta-mente nemmeno a un *respecter,* bensì a molto meno, cioè ad un *faire respecter* e ad un aiuto attivo in caso di violazione della neutralità del Congo, al pari di quanto avveniva per il territorio belga europeo. In questa situazione giuridica del 1885, determinata dal riconoscimento dello Stato indipendente del Congo da parte delle grandi potenze, il Belgio subentrò nel 1907, allorché acquistò il territorio congolese. I giuristi belgi avevano in precedenza sostenuto — come è ovvio — la tesi generale secondo cui il territorio congolese era una « colonia internazionale » e secondo cui lo Stato indi-pendente del Congo era sorto dalla conferenza sul Congo mediante il riconoscimento delle grandi potenze europee. Anche il consigliere giuridico del re Leopoldo, Rolin-Jaequemyns, aveva visto proprio in ciò il trionfo della solidarietà europea e del diritto internazionale europeo. Ma ora, a partire dal secolo XX, i giuristi belgi mutano le loro costruzioni di diritto internazionale, passando al principio dell'occupazione effettiva quale unico titolo giuridico per l'acquisto di territorio. E' particolarmente significativo, per il contesto delle nostre discussioni, il passo in cui Paul Ferrera, stimato giurista di Bruxelles, affronta la questione: « E' chiaro » sostiene il giurista belga « che l'origine della sovranità dello Stato indipendente (del Congo) non va ricercata negli oltre quattrocento trattati conclusi tra Stanley e i capi indigeni negri, e neppure nel riconoscimento da parte delle grandi potenze, bensì nel fatto stesso dell'occupazione e dell'organizzazione di un territorio i cui abitanti non hanno fino a oggi conosciuto il dominio di alcuno Stato, così come noi lo intendiamo ».[5]

Questo passo fa capire che cosa significhi in realtà il richiamo al principio dell'occupazione effettiva: significa il rifiuto

del titolo giuridico — fondato sulla comunanza e sulla solidarietà internazionale — del « riconoscimento » e la rottura dell'ordinamento spaziale complessivo incluso in questo titolo di diritto internazionale. Il Belgio, un piccolo Stato europeo che doveva la propria esistenza e la difesa del proprio status al riconoscimento delle potenze europee, col sostenere l'occupazione effettiva si rendeva indipendente dall'ordinamento spaziale del diritto internazionale europeo, onde poter acquistare come colonia il territorio congolese. Non dimentichiamo che solo con una tattica espressamente « internazionale » il re Leopoldo del Belgio era riuscito a muovere le potenze europee al riconoscimento dello Stato indipendente del Congo, dissipando le loro perplessità. Ora, pochi anni più tardi, il Belgio stabiliva da sé il proprio diritto sul Congo, grazie al titolo giuridico dell'occupazione effettiva. In verità getta luce sulla realtà concreta di tale occupazione il fatto che lo stesso giurista belga, nel medesimo passo, indicasse il numero degli abitanti del territorio occupato *tra* i *14* e i *30 milioni,* e questo nel 1909, ovvero venticinque anni dopo la fondazione dello Stato indipendente del Congo! È in effetti un tipo di organizzazione e di effettività ben singolare quella che dopo un quarto di secolo non sa ancora neppure se nel proprio territorio vi siano 14 o 30 milioni di abitanti!

Comunque stessero le cose, lo Stato belga si considerava adesso il successore di diritto dello Stato indipendente del Congo, il quale era sorto in virtù di un'occupazione effettiva e non di un riconoscimento di diritto internazionale. L'importante questione di principio se uno Stato stabilmente neutralizzato potesse o meno acquistare colonie sul suolo non europeo venne aggirata per il semplice fatto che il governo belga era riuscito a procurarsi il consenso delle singole potenze europee che avevano garantito nel 1839 la neutralizzazione del Belgio. In questo modo una faccenda di natura essen-

zialmente comune, che racchiudeva in sé un autentico problema dell'ordinamento spaziale europeo e la grande questione della limitazione delle guerre europee, veniva ridotta a singolo problema contrattuale-positivistico del diritto esterno belga. Dal punto di vista del Belgio ciò poteva allora essere molto pratico. Un sintomo non minore del processo di decadenza che aveva investito dal 1890 l'antico ordinamento spaziale europeo era poi dato dal fatto che le potenze garanti europee fossero giunte una per una a questi metodi invece di fornire — come ancora avevano tentato nel corso della conferenza sul Congo - una risposta comune e di principio al problema in questione. Verso la fine del secolo XIX le potenze europee e i teorici del diritto internazionale europeo avevano non solo cessato di essere consapevoli dei presupposti spaziali del loro stesso diritto, ma avevano anche perduto ogni istinto politico, ogni forza comune per arrivare a una propria struttura spaziale e alla limitazione della guerra.

All'art. 10 fa seguito una disposizione altrettanto sintomatica degli « Atti del Congo » del 26 febbraio 1885. Con essa si cerca di procedere in un'altra maniera, egualmente singolare e caratteristica, alla neutralizzazione del bacino congolese. Nell'art. 11 non viene infatti convenuta semplicemente, in modo diretto, la progettata neutralizzazione del territorio centroafricano, ma si dice solo che « se una potenza detentrice di sovranità o esercitante un protettorato in quest'area è coinvolta in una guerra, gli Stati firmatari si impegnano a mettere a disposizione i propri uffici per far sì che i territori che rientrano nella zona in cui è stato convenuto il libero commercio e che appartengono alla potenza belligerante siano posti, per accordo comune dei belligeranti, nel regime di neutralità per tutta la durata della guerra e siano considerati come parti di uno Stato non belligerante; le parti belligeranti si asterranno dal-l'estendere le ostilità ai territori così neutra-

lizzati e dal servirsene come basi per operazioni belliche ». Detto più semplicemente: in caso di guerra viene stabilito soltanto un obbligo per i non belligeranti, ovvero quello — che sorge solo dopo lo scoppio della guerra — di offrire i propri buoni uffici ai belligeranti onde pervenire ad un accordo sulla neutralizzazione della zona centroafricana in questione. I belligeranti stessi non sono invece direttamente obbligati al rispetto della neutralità del territorio coloniale.

Tutto ciò suona molto prolisso, complicato e indiretto. Invero le prudenti limitazioni contenute in obblighi formali fanno parte dello stile del diritto internazionale degli Stati sovrani. Esse possono nonostante tutto risultare straordinariamente efficaci, a seconda delle situazioni concrete, e avere un miglior successo di altre forme più dirette, quali assicurazioni, giuramenti e garanzie solenni. Sarebbe di conseguenza sciocco criticare e screditare già in quanto tale quel tentativo indiretto di neutralizzazione. Va infatti continuamente ricordato che la forza vincolante di un obbligo giuridico internazionale fra Stati sovrani non può essere fatta risiedere nella problematica autolimitazione di potenze sovrane che rimangono libere, ma deve essere fondata sulla comune appartenenza ad uno spazio delimitato, ovvero sull'efficacia complessiva di un ordinamento spaziale concreto. Quest'ultima si afferma anche di fronte a tutte le riserve e le intenzionali oscurità che ricorrono in formule di compromesso faticosamente stilizzate. Non è quindi tanto nel metodo estremamente involuto e indiretto di quel tentativo di neutralizzazione che si vede il declino del diritto internazionale europeo in quanto ordinamento concreto. La sua intima fragilità si manifesta già nel fatto che il presupposto tacito dell'art. 10, vale a dire la particolarità di diritto internazionale dello status territoriale delle colonie extraeuropee, viene lasciato cadere nell'art. 11 seguente. Era questa una contraddizione interna che poneva

immediatamente in questione l'ordinamento spaziale dello stesso diritto internazionale europeo, nella sua concreta realtà.

Dopo il 1890 la dissoluzione sopravvenne in maniera così rapida ed evidente che Charles Dupuis — valente specialista, autore di una storia delle relazioni internazionali tra le grandi potenze europee - constata la chiara bancarotta *(faillite)* di questo sistema già nel 1908.[6] Una conferma a ciò, relativamente al destino del bacino congolese, arrivò nel 1914 con lo scoppio della guerra mondiale. II 7 agosto 1914 il governo belga attirò l'attenzione delle potenze europee sull'art. 11 degli « Atti del Congo ». La Francia chiese alla Spagna di prendere iniziative a Berlino. Gli Stati Uniti rifiutarono completamente di collaborare alle misure di attuazione della neutralizzazione. L'Inghilterra motivò il suo rifiuto con la considerazione che una colonia tedesca non poteva essere trattata come neutrale finché fossero state presenti nel territorio tedesco dello Zanzibar stazioni radiotelegrafiche e finché navi come la *Emden* non fossero state disarmate. La Francia fu d'accordo; il Belgio e il Portogallo si tranquillizzarono.[7] Non c'è bisogno di ulteriori particolari, visti i risultati finali. Vedremo in seguito come la Lega di Ginevra avrebbe completamente abbandonato, a proposito delle ripartizioni territoriali stabilite nelle conferenze periferiche di Parigi del 1919, l'idea di un ordinamento spaziale eurocentrico della terra.

Nel 1885, perlomeno riguardo alla questione del territorio centroafricano, il diritto internazionale europeo era ancora capace di un gesto di solidarietà comune. Ma di fronte ai problemi immediatamente successivi alla conquista europea di territorio nordafricano in Egitto, Marocco, Libia e Abissinia, l'unità dell'Europa non resse più. L'evoluzione verificatasi nella politica mondiale tra la conferenza sul Congo e la prima guerra mondiale mostra che la fede europea nella ci-

viltà e nel progresso non era più in grado di dare forma a istituzioni giuridiche internazionali. Il trionfo che la parola « Congo » aveva simboleggiato era stato di breve durata. La civiltà europea disponeva ancora certamente dell'autocoscienza necessaria per trovare in se stessa il titolo giuridico delle grandi conquiste di territorio non europeo, ma neppure per questa forma secolarizzata di *Weltanschauung* l'Europa era più il centro sacrale della terra. Fu così che alla fine, di nuovo, non restò che la nuda fattualità dell'occupazione, ora in quanto occupazione effettiva, a rappresentare l'unico titolo giuridico riconosciuto di una conquista territoriale. Dal punto di vista storico, questo periodo della conquista tardo-ottocentesca dell'Africa centrale appare semplicemente come l'epilogo dei tempi eroici dei secoli XVI e XVII. La fede nella civiltà e nel progresso era decaduta a mera facciata ideologica. La rinascita delle compagnie di commercio del secolo XVII nelle società coloniali del secolo XIX produsse al massimo un lucore romantico postumo. Il tutto era in fondo ormai un groviglio disperato di linee di suddivisione delle sfere d'interesse e d'influenza e di linee d'amicizia fallite, coperto e nello stesso tempo minato da una libera economia mondiale pensata in modo eurocentrico, ma in realtà tale da scavalcare tutti i confini territoriali. In questa confusione si dissolveva l'antico nomos della terra determinato dall'Europa.

Note

1 Cfr. *Le droit international des chemins de fer en cas de guerre,* in « Revue de droit international et de législation comparée », XVII, 1885, pp. 332-61.

2 Queste parole sono tratte da un discorso tenuto dal sovrano belga alla Società geografica di Bruxelles il 12 settembre 1876. Sono talmente emblematiche dello stile di pensiero e del linguaggio dell'epoca, che meritano di essere riportate nella loro forma originale: « Ouvrir à la civilisation la seule partie de notre globe qu'elle n'a point encore pénetrée, percer les ténèbres qui enveloppent des populations entières, c'est — j'ose le dire — une *croisade* digne de ce siècle de progrès ». E il crociato del progresso aggiunge: « Je serais heureux que Bruxelles devint en quelque sorte le quartier-général de ce mouvement civilisateur ».

3 Così Hanotaux nella seduta della Camera dei deputati francese del 7 giugno 1894, in occasione della discussione del trattato del 12 maggio 1894.

4 Cfr. P. Fauchille, *L'annexion du Congo à la Belgique et le droit International,* in « Revue de droit international et privé », II, p. 400; Despagnet, *Essai sur les protectorats,* 1896.

5 *Das Staatsrechl des Kònigreichs Belgien,* Tübingen, 1909, p. 418.

6 Nelle conferenze della Fondazione Carnegie del 1928-29.

7 Cfr. R.C. Hawkins, *The Belgian Proposal to Neulralìze Central Africa during the European War,* nelle pubblicazioni della « Grotius Society», I, London, 1916, pp. 67 sgg.

2. *La dissoluzione dello «jus publicum Europaeum (1890-1918)*

All'epoca della conferenza sul Congo del 1885 si era già verificato un fatto che dal punto di vista di un diritto internazionale eurocentrico cosciente di se stesso avrebbe dovuto costituire una singolarità allarmante: il fatto che il riconoscimento della bandiera della Società del Congo fosse avvenuto in primo luogo da parte del governo degli Stati Uniti d'America (il 22 aprile 1884). Era questo un precedente che introduceva il riconoscimento di un nuovo Stato sul suolo africano, ma che venne visto allora come una questione marginale. Si trattava malgrado ciò di un sintomo del fatto che, in maniera graduale e senza che ve ne fosse consapevolezza, il diritto internazionale specificamente europeo fino ad allora vigente si stava dissolvendo. Il declino dello *jus publicum Europaeum* in un indifferenziato diritto mondiale non poteva più essere fermato. La dissoluzione nel generale-universale era contemporaneamente la distruzione dell'ordinamento globale della terra fino a quel momento esistente. Al suo posto subentrò per parecchi decenni un vuoto normativismo costituito da regole che si presumevano generalmente riconosciute, il quale occultava alla consapevolezza del tempo il fatto che l'ordinamento concreto delle potenze sino ad allora riconosciute era crollato e che non se ne era ancora trovato uno nuovo.

La prima lunga ombra sullo *jus publicum Europaeum* era venuta da occidente. Con la crescita di potere degli Stati Uniti venne pure in luce il loro caratteristico oscillare, cioè il loro non sapere decidersi tra il chiaro *isolamento,* dietro una linea di separazione tracciata rispetto all'Europa, e *l'intervento* universalistico-umanita-rio in tutto il globo. Di ciò parleremo in un capitolo specifico. Questa evoluzione trovò un culmine fatale nelle conferenze di pace di Parigi del 1919 e un'espressione simbolica nella sorte del presidente W. Wilson. Con ciò è delineato il periodo del diritto internazionale a cui ora ci volgiamo, databile tra il 1890 e il 1939. Il risultato finale di esso è lo stesso da ogni punto di vista, cioè la fine di quell'ordinamento spaziale della terra su cui si erano fondati il diritto internazionale tradizionale, specificamente europeo, e la limitazione della guerra con esso raggiunta.

I concetti e le formulazioni ricorrenti nei manuali di diritto internazionale sono l'immagine riflessa di questa evoluzione tra il 1890 e il 1939. Fino al 1890 circa aveva dominato la concezione secondo cui *il* diritto internazionale era un fenomeno specificamente europeo. Questa concezione era del tutto evidente nel continente europeo e soprattutto anche in Germania. Certo, a determinare l'apparato concettuale dei teorici e il vocabolario dei diplomatici erano rappresentazioni universalistiche globali come quelle di *umanità, civiltà* e *progresso.* Ma proprio per questo l'immagine complessiva rimase sostanzialmente europea, poiché con il termine *umanità* si intendeva innanzitutto l'umanità europea, con *civiltà* ovviamente solo la civiltà *europea,* e il progresso era l'evoluzione lineare di questa civiltà. Il manuale tedesco più importante alla metà del secolo XIX, *Das europäisches Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen* di August Wilhelm Heffter (1ª ediz., 1844; 8ª ediz., a cura di F.H. Geffcken, 1888) è in questo senso un tipico esempio. Di esso poteva dire allora, con il consenso ge-

nerale, Robert Mohl: « Il manuale di Heffter è dal punto di vista giuridico di gran lunga il miglior manuale di diritto internazionale esistente in qualsiasi lingua». Anche Franz von Holtzendorff intitolò ancora *Europäisches Völkerrecht* la trattazione apparsa nel 1885 nell'enciclopedia da lui diretta. Quanto alle grandi opere inglesi (Travers Twiss, Phillimore, Sumner Maine, Hall, Lorimer, Stephen) e francesi di quest'epoca, anch'esse hanno un concetto ancora eurocentrico di civiltà e distinguono tra popoli civilizzati, semicivilizzati e selvaggi. Ma questi autori consentono di vedere meglio il problema latente e, sull'esempio di J. Bentham, intitolano le loro opere *International Law o Law of Nations,* senza ulteriori specificazioni. In loro era in particolare più naturale l'attenzione per gli Stati americani e per l'emisfero occidentale di quanto lo fosse per i maestri del diritto internazionale degli Stati continentali, soprattutto tedeschi e italiani.

L'estensione all'ambito americano ebbe effetti diversi sulle denominazioni generali date alla scienza internazionalistica. Il giurista statunitense Kent trattò il diritto internazionale nel quadro dei suoi *Commentaries on American Law* (apparsi per la prima volta nel 1836). Il celebre Wheaton intitolò la sua opera, pubblicata nel 1836 e quindi riedita più volte, semplicemente *Elements of International Law.* Wharton dice: *Digest of International Law of the United States;* il sudamericano Calvo diede invece alla sua celebre opera, già nel 1868, il titolo *Derecho internacional teòrico y práctico de Europa y America.* L'imponente lavoro del francese Pradier-Fodéré del 1885 si intitola: *Traité de droit international public euro-péen et américain.*

Ma anche in questi casi, nei quali il diritto internazionale europeo e quello americano venivano esplicitamente nominati assieme, ciò non intendeva ancora indicare una profonda consapevolezza della diversità degli ordinamenti spaziali e del problema spaziale vero e proprio. Entrambe, l'Europa e

l'America, confluivano nell'idea di una civiltà europea unitaria. Ancora nel corso della seconda e della terza conferenza panamericana (1901-1902 e 1906) i contrasti sussistenti tra gli Stati Uniti e i paesi latinoamericani riguardo alla questione di una giurisdizione arbitrale furono risolti rinviandoli all'attesa conferenza dell'Aja (del 1907). Alfred Fried, celebre pacifista e antesignano della giurisdizione arbitrale internazionale, ha definito questa soluzione «un espediente geniale». In realtà era soltanto un rinvio a breve termine, sulla base della pura situazione di fatto, del grande problema continentale che si era manifestato già da un secolo. A proposito della questione della codificazione di un diritto internazionale americano, il delegato di Haiti potè sostenere — ancora nel corso della seconda conferenza (1906) — che senza la collaborazione dei giuristi europei non si dava alcuna codificazione generalmente riconosciuta. Soltanto nel 1910 apparve un libro pionieristico, che contrapponendosi al diritto internazionale universalistico mostrava la peculiarità di un diritto internazionale propriamente americano: Alejandro Alvarez, *Le droit ìnternational américain* (Paris, 1910). Ma le consuetudini di pensiero universalistiche erano troppo forti; esse — come vedremo — ebbero una nuova conferma dopo la prima guerra mondiale ad opera della Lega di Ginevra. All'apparire del libro di Alvarez fu affermato, contro la dottrina di un diritto internazionale specificamente americano in esso sostenuta, che non vi poteva essere un diritto internazionale diverso a seconda dei continenti, poiché le norme del diritto internazionale erano universali e soltanto le situazioni diverse. Ancora nel 1912, in un saggio sulla *Non-esistenza di un diritto internazionale americano,* si dice a proposito di questo problema che « oggi, dopo la seconda conferenza di pace dell'Aja, alla quale hanno preso parte Stati sudamericani, vi è ormai un solo diritto internazionale ».[1]

Il processo di estensione e di espansione dall'ambito specificamente europeo a quello genericamente universale, privo di dimensione spaziale, si manifestò allora nel fatto che anche gli autori europei della fine del secolo XIX non chiamarono più le loro opere « manuali di diritto internazionale europeo », ma semplice-mente *diritto internazionale* oppure *diritto delle genti* [*internationales Recht oder Völkerrecht*]. Ciò diventa uso generale a partire da quest'epoca.[2] La grande diversità tra *jus inter gentes* e *jus gentium,* che sta dietro alla diversità linguistica di *droit des gens* e diritto internazionale, non fu più osservata dai giuristi. Essa venne sostituita da una netta accentuazione del carattere puramente interstatale del diritto internazionale. La conseguenza fu che svanì completamente ogni consapevolezza del grande problema dell'ordinamento spaziale della terra. Se mai ne rimase una certa memoria, essa si manifestò nel concetto di *diritto internazionale degli Stati civilizzati* e nella coscienza del fatto che il suolo europeo e quello ad esso equiparato possedevano sotto il profilo del diritto internazionale uno status territoriale diverso dal suolo appartenente ai popoli non civilizzati o non europei. Dal punto di vista giuridico-internazionale il suolo della colonia o del protettorato non è dunque identico al territorio statale. Le argomentazioni del giurista inglese John Westlake, ad esempio, rientrano in questa tradizione — ininterrotta fino allo scoppio della prima guerra mondiale. Tipico di questa mentalità ancora orientata attorno al concetto di civiltà era il titolo dell'assai considerata opera di Johann Kaspar Bluntschli: *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (1ª ediz., 1868). Il trattato di diritto internazionale che F. von Martens scrisse in russo fu edito in tedesco nel 1883 a cura di Bergbohm con il titolo *Völkerrecht, das internationale Recht der zivilisierten Staaten.* L'italiano Contuzzi pubblicò nel 1880 addirittura *Il diritto delle genti dell'umanità.*

Il nucleo del nuovo problema consisteva nel fatto che, anziché un diritto internazionale generale e privo di dimensione spaziale, erano sorti numerosi diritti internazionali, distinti per grandi spazi. Si era così annunciato al tempo stesso il grande problema di un nuovo ordinamento spaziale della terra da occidente, dall'America. Ma intorno al 1890, all'inizio di questa fase d'evoluzione, questo non sembrava un problema insormontabile. Si aveva infatti sempre in mente, come abbiamo già detto, un'immagine comune, non problematica, della civiltà europea. C'era un *diritto internazionale africano* solo nel senso che il territorio africano costituiva per le potenze europee l'oggetto di una conquista comune (cfr., sopra, p. 273). Di un *diritto internazionale asiatico* non si parlava allora nemmeno come di una possibilità. Sin dagli anni Ottanta e Novanta del secolo XIX avevano certamente fatto la loro comparsa nella comunità giuridica internazionale anche alcuni Stati asiatici. Ma mentre negli Stati dell'America Latina era sorta almeno l'idea di un diritto internazionale dei grandi spazi, specifico di un continente, la quale aveva condotto nel 1910 al già ricordato *Droit international américain* di Alejandro Alvarez, quegli Stati asiatici ricaddero in maniera singolare e inconsapevole nell'orbita di un diritto internazionale apparentemente ancora del tutto eurocentrico. Quest'ultimo si tradusse però così in un indifferenziato diritto internazionale universale.

Questo strano processo si spiega soprattutto sul piano psicologico, tenendo conto deH'immagine del mondo propria dei diplomatici e dei giuristi europei di allora. Paesi non europei e non cristiani, in primo luogo la Turchia nel 1856, erano infatti stati annessi all'ordinamento giuridico internazionale tradizionale solo mediante trattati di capitolazione e altre simili riserve di tipo eurocentrico. Quanto all'entrata del Giappone, del Siam e della Cina nell'Unione postale mon-

diale, essa era considerata una faccenda non politica, tecnica e neutra. Il problema del mutamento dell'ordinamento spaziale rimase così in un primo momento occultato alla coscienza europea. Più tardi però la questione sembrò non sussistere più. Il Giappone aveva dimostrato nel 1894, nella guerra con la Cina, e nel 1904, nella guerra vittoriosa con una grande potenza europea, la Russia, di attenersi alle regole del diritto bellico europeo. Aveva vinto in questo modo la sua *partita per l'accettazione.* Inoltre, nel 1900, aveva partecipato alla spedizione per reprimere la rivolta dei Boxers, sullo stesso piano delle grandi potenze europee. Era così nata e veniva riconosciuta una grande potenza asiatica. L'atmosfera, l'« ambiente » della prima conferenza di pace dell'Aja del 1899 era ancora tutto europeo in confronto a quello della seconda conferenza del 1907. In quest'ultima, già dal numero e dal ruolo dei partecipanti americani e asiatici, si vedeva con evidenza che in meno di dieci anni era stato fatto un grande passo dallo *jus publicum Europaeum* verso un diritto internazionale non più europeo, nel senso tradizionale del termine. Come presi da un'ebbrezza, i diplomatici e i giuristi europei credevano di festeggiare ancora nuove vittorie e nuovi trionfi del loro diritto internazionale europeo. Ma i piedi dei loro becchini stavano già alla porta.

L'immagine del mondo propria della scienza del diritto internazionale di quest'epoca di transizione, dal 1880 al 1900, ha trovato la migliore espressione nel *Lehrbuch des Völkerrechts* di A. Rivier. Questo piccolo manuale è apparso nel 1889 nella Handbibliothek des öffentlichen Rechts di Kirchenheim, dedicato alla memoria di Franz von Holtzendorff.[3] Il valore specifico di quest'opera risiede nel suo atteggiamento scientifico, nella sua competenza storico-letteraria (Rivier è l'autore della *Literarhistorische Übersicht der Systeme und Theorien des Völkerrechts seit Grotius,* apparsa nel manuale di Holtzendorff) e nella

sua struttura sistematica. Soprattutto essa è per noi un documento, e precisamente per il modo in cui tratta la transizione dal diritto internazionale europeo a un diritto internazionale apparentemente universale. In quel momento, sia pure soltanto per un attimo, si prese coscienza della transizione. Il libro fa comprendere con la massima chiarezza quale fosse il livello di consapevolezza che caratterizzava un'epoca di svolta che spesso non è facile capire. In ciò consiste per noi il suo valore di documento e di sintomo.

Rivier pone espressamente l'accento sull'origine europea e sul carattere del « diritto internazionale degli Stati civilizzati». Egli mette in risalto il fatto che la definizione *diritto internazionale europeo* « è ancor oggi esatta nella misura in cui l'Europa costituisce il continente d'origine del nostro diritto internazionale».[4]

« Ma » così prosegue « la nostra comunità internazionale non è chiusa in sé. Così come si è aperta alla Turchia, essa si aprirà ancora ad altri Stati, se questi avranno raggiunto il livello richiesto di una civiltà analoga alla nostra. Attraverso trattati sempre più frequenti e rilevanti gli Stati dell'Asia, come pure quelli dell'Africa e della Polinesia, si avvicineranno a poco a poco a una comunità giuridica parziale ».

Ma in che modo questo studioso europeo di diritto internazionale si rappresenta, attorno al 1890, la comunità dei popoli europea - la quale si andava aprendo da tutti i lati — e in che modo introduce in essa i popoli non europei e non americani? A queste domande il prospetto di Rivier « sugli attuali Stati sovrani, che costituiscono oggi le vere e proprie persone della comunità internazionale » (pp. 92 sgg.) fornisce una risposta oltremodo significativa. In primo luogo egli enumera venticinque Stati sovrani europei, quindi diciannove americani, e ad essi fa seguire gli *Stati dell'Africa,* ovvero: lo Stato indipendente del Congo, lo Stato libero della Liberia,

lo Stato libero d'Orange, il sultanato del Marocco e il sultanato di Zanzibar.

Essi sono chiamati *Stati*, ma viene evitata la parola *sovrano*. Inoltre viene osservato a proposito del Marocco e di Zanzibar: « è ovvio che i due ultimi non appartengono alla comunità internazionale ». Ci si chiede allora perché mai siano anch'essi ricompresi nell'enumerazione. Alla lista degli *Stati in Africa* fa quindi seguito, sullo stesso piano, quella degli *Stati in Asia*. In questo caso, a proposito dell'Asia, viene completamente evitata la parola « Stati ». Il testo è di questo tenore: « Egualmente all'esterno della comunità degli Stati, ma legati da molteplici trattati con diversi membri della stessa comunità, sono la Persia, la Cina, il Giappone, la Corea, il Siam. Gli altri Stati asiatici saranno a poco a poco annessi, a vario titolo, dall'Inghilterra e dalla Francia; la Malesia appartiene all'Olanda, ad eccezione di una parte del Borneo (British Borneo, Sarawak, Brunei) ». Infine, si legge in chiusura: *in Polinesia: Hawaii, Samoa*. In un altro punto si aggiunge che l'Au-stria-Ungheria ha un unico ambasciatore per Cina, Giappone e Siam. Viene offerto in questo modo un quadro complessivo che è tanto un sintomo quanto un documento e che rende visibile l'attimo in cui avviene il capovolgimento del diritto internazionale europeo in un diritto internazionale non più europeo.

Nel ricordare questi dati della storia del diritto internazionale degli anni attorno al 1890, cerchiamo di attirare l'attenzione su un fatto importante in essa avvenuto. Sul fatto, cioè, che la dottrina europea del diritto internazionale, senza alcun senso critico e nell'assenza più totale di presentimenti, ha perduto verso la fine del secolo XIX la coscienza della struttura spaziale del proprio ordinamento, fino ad allora vigente. Essa ha creduto nel più ingenuo dei modi che il processo di universalizzazione che diventava sempre più esteso, sempre

più esteriore e sempre più superficiale fosse una vittoria del diritto internazionale europeo. La destituzione dell'Europa da centro della terra, nel diritto internazionale, fu scambiata da questa dottrina per un'elevazione dell'Europa a punto centrale della terra. Il *riconoscimento* giuridico-internazionale di nuovi Stati, che in ogni autentico ordinamento rappresenta un'accettazione o un'ammissione, veniva qui affievolito in una sorta di *attestato di fiducia*, da parte degli altri Stati, circa il *rafforzamento* e la *stabilità dei nuovi rapporti* (Rivier). I giuristi credevano di assistere a una recezione, assai lusinghiera per l'Europa, dei popoli non europei, e non si erano neppure resi conto di avere dissolto tutti i fondamenti di una recezione, dal momento che svaniva, senza alcuna possibilità di sostituzione, la realtà della comunanza dinastica dei principi, degli Stati e delle nazioni europee, la quale - buona o cattiva che fosse — assicurava pur sempre un certo ordinamento concreto, cioè soprattutto un ordinamento spaziale. Ciò che subentrava al suo posto non era un « sistema » di Stati, ma una compresenza confusa di relazioni fattuali, priva di dimensione spaziale e di elementi sistematici, ovvero una compresenza confusa, non ordinata, senza connessioni spaziali e spirituali, di oltre cinquanta Stati eterogenei, che si presumevano equiparati tra loro ed egualmente sovrani, congiunta-mente ai loro sparsi possedimenti: un caos senza alcuna struttura, che non era più capace di alcuna limitazione comune della guerra e per il quale, infine, nemmeno il concetto di « civiltà » poteva valere più come sostanza di una certa omogeneità.

Nel corso di questa dissoluzione, anche il riconoscimento giuridico-internazionale degli Stati e dei governi doveva perdere ciò che restava del proprio significato sostanziale, assieme ad ogni riferimento all'omogeneità tra lo Stato attore e lo Stato oggetto del riconoscimento. La distinzione, fondamentale per il diritto internazionale europeo fino ad allora vigen-

te, tra popoli civilizzati, semicivilizzati (barbari) e selvaggi *(sau-vages)* divenne *giuridicamente irrilevante,* allo stesso modo in cui lo erano diventati il contesto spaziale continentale e la diversità tra gli status territoriali della madrepatria europea e della colonia d'oltremare. Il suolo coloniale divenne *territorio statale* al pari del suolo delle nazioni europee. I precedenti di diritto internazionale furono impiegati senza alcun riferimento spaziale definito, e quanto avveniva in Europa tra Svezia e Norvegia doveva senz'altro costituire un precedente per le relazioni tra Giappone e Messico. Il nuovo problema globale non era ancora affatto avvertito dai giuristi di questo periodo, mentre in Germania i teorici dell'economia politica discutevano con tutta chiarezza già attorno al *1900* della questione: *universalismo o pluralismo nell'economia mondiale?*[5] Da un punto di vista giuridico sembrava esserci ormai soltanto una indifferenziata comunità giuridica *intemazionale,* la *commu-nauté internationale,* nella quale era rimasto solo un territorio ancora non occupato effettivamente e privo di dominio statale nell'Artide, oltre ad alcune tribù beduine anch'esse libere dal dominio statale.

Alla concezione di allora, di un universalismo globale, senza dimensione spaziale, corrispondeva però una precisa realtà nell'ambito dell *'economia* separata dallo Stato, vale a dire quella di un commercio e di un mercato mondiali liberi, con libera circolazione dell'oro, del capitale e del lavoro. Dopo la convenzione Cob-den del 1860, il pensiero economico liberale e il principio della globalità del commercio erano diventati ovvi per il modo di pensare europeo e correnti per quello generale. Già abbiamo visto che le consultazioni e gli esiti della conferenza sul Congo del 1885 erano stati dominati dalla fede nella libertà economica mondiale.

I numerosi ostacoli, già allora evidenti, e le restrizioni che incontrava l'economia liberale — sistemi doganali e prote-

zionismo di ogni genere - erano visti come semplici eccezioni, tali da non porre in questione il perenne progresso e il suo risultato finale. La posizione dominante dell'Inghilterra e l'interesse inglese al libero commercio mondiale e al libero traffico marittimo rappresentavano una forte garanzia per una siffatta immagine del mondo. La clausola della nazione più favorita nelle convenzioni consolari, commerciali e d'insediamento appariva come un veicolo eccellente ai fini di questo progresso economico verso un mercato unitario. In breve: oltre, dietro e accanto ai confini politico-statali tipici di un diritto internazionale apparentemente solo interstatale, politico, si estendeva, on-nipervasivo, lo spazio di un'economia libera, ovvero non statale, che era un'economia *mondiale.* Nell'idea di una libera economia mondiale era insito non soltanto il superamento dei confini politico-statali. Essa conteneva anche, quale presupposto essenziale, uno standard per la costituzione statale interna dei singoli membri dell'ordinamento internazionale; essa presupponeva che ogni membro introducesse al suo interno un minimo di ordine *costituzionale.* Questo minimo consisteva nella libertà, ovvero nella separazione della sfera pubblico-statale dall'ambito del privato, e soprattutto nella non-statalità della proprietà, del commercio e dell'economia.

Dobbiamo qui di nuovo ricordare che un ordinamento giuridico-internazionale concreto sorge generalmente da un collegamento e da un intreccio di più ordinamenti diversi. Così il diritto internazionale del Medioevo cristiano consisteva in un collegamento e in un intreccio del diritto feudale e di quello ecclesiale. L'ordinamento europeo dei secoli XVII e XVIII riuscì a connettere un diritto dinastico interfamiliare ad un diritto interstatale. Il diritto interstatale del secolo XIX consistette invece in un collegamento tra libera economia, mare libero e sovranità interstatale. Al dualismo tra diritto

pubblico e privato corrispondeva il dualismo tra diritto internazionale inter-statale e libera economia internazionale. La comunità del *liberum commercium* internazionale stava infatti dietro l'immagine, posta in primo piano, di Stati sovrani tra loro rigorosamente separati sul piano territoriale. Era una linea non territoriale, ma tale da delimitare le sfere dell'attività umana. Era la linea della libera economia, garantita come standard costituzionale dal costituzionalismo liberale e che attraversava i confini degli Stati. La si può concepire come una versione moderna di *amity line.*

Proprio in questo periodo divenne però consueta e dominante nella mentalità giuridica una netta separazione tra interno ed esterno, vale a dire tra diritto internazionale come diritto interstatale e diritto territoriale come diritto intrastatale. Il libro di Heinrich Triepel *Völkerrecht und Landesrecht,* apparso nel 1899, chiarì in modo preciso questo dualismo delle sfere giuridiche e delle fonti. La netta separazione tra interno ed esterno corrispondeva al pensiero di una burocrazia essenzialmente statale, la cui mentalità dominava allora il diritto pubblico, mentre il libero mercante considerava il mondo intero come suo campo d'azione. Ma nel libro di Triepel non si parla del fatto che dietro alla separazione tra interno ed esterno, così plausibile dal punto di vista della burocrazia statale, stava una forte comunanza generale, quella dello standard costituzionalistico liberale. Era andata del tutto smarrita la consapevolezza teorico-giuridica del fatto che in realtà si era di fronte a due diversi ordinamenti di diritto internazionale, e questo benché ancora Lorenz von Stein distinguesse chiaramente tra le due sfere: tra quella del diritto internazionale *in senso proprio* [*eigentliches Völkerrecht*], che si estende a un ordinamento che vale tra Stati separati e in sé chiusi, e quella di un diverso *diritto internazionale [internationales Recht]*, inteso come ordinamento comune del mercato e dell'economia,

comprensivo del trattamento giuridico degli stranieri, *il cui campo d'azione è il mondo.*

Dalla metà del secolo XIX in poi, anche la scienza del cosiddetto diritto internazionale privato [*internationales Privatrecht*] ha tentato di svincolarsi completamente dai concetti del diritto internazionale [*Völkerrecht]*. Essa seguì apparentemente la propria strada distaccandosi, quale disciplina giuridica a sé stante, dal diritto internazionale. In verità essa non fece altro che tentare di positivizzarsi e di porsi su basi puramente nazionali, di diritto legale del singolo Stato. Non possiamo discutere qui delle numerose controversie sorte all'interno di questo complesso di problemi. Ma tutti gli sviluppi concettuali che sono caratteristici di questo stadio conducono allo stesso risultato: alla constatazione che il positivismo della legge statale, dominante nei giuristi di quell'epoca, non era più in grado di apprestare gli strumenti concettuali idonei a formare istituzioni convincenti a partire dalla realtà di una simile confusione di sovranità statale e di libera economia sopra-statale. La riserva dell'*ordre public,* che ogni Stato sovrano faceva valere nei confronti del diritto internazionale privato, si estendeva ora con la stessa forza disgregatrice di cui disponevano le riserve nel cosiddetto diritto internazionale pubblico.

Il rapporto razionale tra norma ed eccezione veniva così ribaltato. Il problema della cosiddetta qualificazione dei concetti, in particolare di concetti quali proprietà e matrimonio, rivelava che assieme all'ordinamento comune venivano posti in questione anche i concetti comuni. Savigny, il grande fondatore della disciplina giuridica moderna del cosiddetto diritto internazionale privato, nel suo *System des heutigen römischen Rechts* (vol. VIII, 1849) aveva costruito questo diritto ancora sulla base di una incontestabile comunità europea.

Quali profondi mutamenti si fossero verificati nella seconda metà del secolo XIX lo si vede dal fatto che nel corso di

pochi decenni il principio del domicilio, che per Savigny era ancora del tutto ovvio, venne sostituito da quello della nazionalità e della cittadinanza, sostenuto in primo luogo dagli Italiani. E' questo un mutamento in cui si manifesta il rapido passaggio alla libera circolazione e un nuovo rapporto con il territorio. Un grande giurista inglese, John Westlake, pensò qualcosa di molto giusto allorché sostenne, di fronte a questo passaggio dal principio del domicilio a quello della cittadinanza, che con ciò si era verificata la trasformazione più grande che la storia del diritto avesse conosciuto dal XIII secolo in poi. Il movimento generale verso la *libertà,* che comportava una negazione delle tradizionali localizzazioni e, in tal senso, una mobilitazione totale del genere più intenso, ovvero una de-localizzazione generale, scardinò il mondo eurocentrico, precipitandolo in altri campi di forza, rispetto ai quali il positivismo della legge dello Stato non era, all'interno dello Stato, di alcun aiuto. Ma anche all'esterno dello Stato mancava al positivismo dei trattati internazionali ogni consapevolezza storica della propria situazione. Si può così spiegare perché soltanto il dualismo tra diritto internazionale e diritto territoriale, vale a dire il dualismo tra esterno e interno, fosse visto come problema centrale e discusso in modo molto puntuale, mentre il dualismo tra diritto interstatale-politico e diritto inter-nazionale-economico restò inosservato. Proprio qui, nel campo dell'economia, l'antico ordinamento spaziale della terra perse evidentemente la sua struttura. Che cosa dunque significava propriamente il fatto che ora prendessero posto, all'interno della famiglia delle nazioni e degli Stati europei, nazioni e Stati non europei, di ogni parte del mondo?

Che una *famiglia* o una *comunità dinastica* di Stati europei aprisse in tal modo improvvisamente le porte a tutto il mondo, non costituiva in realtà un ampliamento meramente

quantitativo, bensì un passaggio ad un nuovo livello. Certo, in un primo momento si trattò di una caduta nel nulla: in un nulla rappresentato da una generalità priva di dimensione spaziale e territoriale. Al posto dell'ordinamento quanto mai concreto dello *jus publicum Europaeum* fino ad allora vigente non si profilò neppure l'ombra di un nuovo ordinamento spaziale concreto del diritto internazionale. L'enunciazione della dottrina di Monroe aveva, già nel 1823, sottratto ad una possibile conquista europea l'ambito dell'emisfero occidentale. Il sistema dell'equilibrio europeo, che aveva trovato espressione nell'ordinamento dei secoli XVIII e XIX, non poteva tradursi semplicemente in un equilibrio mondiale valido per tutto il globo terrestre. Per un attimo, tuttavia, l'*Inghilterra* aveva avanzato la pretesa di essere centro del mondo e di trasformarsi da Stato difensore deH'equilibrio europeo in portatore di un nuovo *equilibrio globale del mondo,* in grado di bilanciare i grandi spazi. Il 12 dicembre 1826 il primo ministro inglese Canning aveva dichiarato alla Camera dei Comuni a proposito del riequilibrio mondiale: « Io guardo altrove! I mezzi per procedere a un bilanciamento li cerco nell'altro emisfero … Chiamai in vita il nuovo mondo per ristabilire l'equilibrio nel vecchio ». Canning si volgeva in questo suo discorso sia contro ogni *confederacy* (la Santa Alleanza), sia contro ogni *resolution* (il messaggio di Monroe) e ogni *combination* (le memorie di Bolívar dal 1819 al 1826).[6] Ma il suo obiettivo di un equilibrio mondiale non ha potuto essere realizzato dall'isola dell'Inghilterra. L'Inghilterra diventò invece la potenza tradizionale per aree determinate del Mediterraneo e della via per le Indie. In ciò svolse il ruolo di un *katechon.* Ma per la grande impresa globale la piccola isola europea era evidentemente troppo debole. Essa era tuttavia abbastanza forte per ostacolare un altro equilibrio da considerare, quello delle potenze marittime, e per dominare da sé sola gli

immensi spazi degli oceani del mondo. Il concerto delle grandi potenze europee cessò di esistere nel 1908. Esso fu apparentemente sostituito e proseguito per qualche tempo da un concerto di potenze imperialistiche mondiali formato dalle principali potenze alleate e associate: le *puissances* che avevano promosso il tentativo di ordinamento spaziale di Versailles.

Ciò che la scienza giuridica considerava ora con il nome di diritto internazionale, più precisamente di *International Law*, non era più un ordinamento spaziale concreto. Era — prescindendo da specifiche materie tecniche — nient'altro che una serie di generalizzazioni di casi precedenti dubbi, che si basavano perlopiù su situazioni o del tutto scomparse o del tutto eterogenee, combinate con norme più o meno generalmente riconosciute, le quali erano tanto più generalmente e vivamente « riconosciute » quanto più era controverso il loro impiego *in concreto*. Queste norme generalmente riconosciute stavano sospese al di sopra di una rete impenetrabile di accordi contrattuali, i quali erano accompagnati da riserve fondamentali di ogni tipo. Mentre gli accordi della prima conferenza dell'Aja del 1899 erano ancora contrassegnati da poche riserve, con la firma degli accordi della seconda conferenza dell'Aja del 1907 il rapporto tra accordo e riserva si era già rovesciato. Le riserve trasformavano anche le migliori convenzioni in semplice facciata. Il principio *poeta sunt servanda* sventolava come vessillo giuridico sopra un'inflazione nichilistica di innumerevoli patti tra loro contraddittori e completamente svuotati da riserve espresse o tacite. Non mancavano problemi la cui leale soluzione avrebbe potuto significare l'inizio di una concreta concettualizzazione, come, ad esempio, la distinzione tra diritto internazionale universale e particolare, o l'elaborazione del senso politico concreto del concetto di guerra statale continentale rispetto a quello an-

glosassone di guerra relativa all'ambito non statale del mare, o ancora l'approfondimento dei problemi spaziali suscitati dalla dottrina di Monroe, dalla linea dell'emisfero occidentale o dal nuovo rapporto tra politica ed economia. Ma i teorici del diritto internazionale di allora ritenevano *non giuridica* la discussione oggettiva di tali questioni, giungendo addirittura a dichiarare questa loro abdicazione una manifestazione di *positivismo.* Tutti i problemi autentici, le questioni politiche, economiche e relative alla suddivisione dello spazio *furono così bandite come non giuridiche* dall'ambito giuridico, ovvero dall'ambito della loro autoconsapevolezza scientifica.

Silete theologi in munere alieno! Così, alla fine del secolo XVI, aveva intimato il giurista umanista ai teologi del proprio tempo, per poter fondare una scienza giuridica autonoma dello *jus gentium.* Trecento anni dopo, sul finire del XIX secolo, la scienza giuridica, in nome di quello che essa riteneva positivismo giuridico, si impose da sé il silenzio su tutte le grandi questioni giuridiche del proprio tempo. *Sileamus in munere alieno.* Con questa abdicazione del diritto internazionale l'Europa entrò vacillando in una guerra mondiale che destituì il più antico continente dalla posizione di centro della terra e annullò la limitazione della guerra fino ad allora riuscita.

Note

1 Sa Vianna, *De la non-existence d'un droit international américain,* Rio de Janeiro, 1912, p. 241. L'autore sottolinea che, così come non esiste un diritto internazionale asiatico, non si può neppure parlare di un diritto internazionale americano. Confrontandosi con Calvo, Amancio Alcorta (*Lecciones de dere-*

cho internacional, Buenos Aires, 1905) e Alvarez, si chiede a p. 241: « Comment un droit international prétendant régir les rapports entre les nations pourrait-il varier de continent à continent et d'Etat à Etat? ». Egli si scaglia poi con particolare veemenza contro l'egemonia degli Stati Uniti, che Alvarez invece riconoscerebbe, e sottolinea che la dottrina di Monroe è solo un principio politico, non una regola giuridica.

2 Ad esempio Bulmerincq, Gareis, H. Schulze, Ullmann, Heilborn, von Liszt (*Völkerrecht* o *internationales Recht)*. Nella letteratura italiana e' spagnola si parla di *diritto internazionale o derecho internacional;* nei paesi slavi di *mezdunarodnoe pravo* (diritto fra popoli).

3 2ª ediz., 1899. I *Principes du droit des gens* di Rivier erano apparsi nel 1896.

4 La definizione dell'Europa come « continente d'origine » è presa evidentemente dall'introduzione al diritto internazionale di Holtzendorff (nel suo *Handbuch*, 1885, p. 14). Westlake diceva *nucleus.* Particolarmente istruttive per capire il significato dell'idea di *humanité,* sono le affermazioni del giurista italiano Paternostro, consigliere a Tokyo del ministero della Giustizia giapponese, secondo il quale « il diritto internazionale non si estende alla sola Europa, ma a tutta l'umanità e a tutto il globo terrestre » (in « Revue de droit international », XXIII, 1891, p. 67). Nella prima edizione del *Völkerrecht* di von Liszt (1898, p. 3) si dice: «Il Giappone deve essere considerato già fin d'oggi appartenente alla comunità del diritto internazionale. La sua civiltà è alla stessa altezza di quella degli Stati cristiani europei. Nella guerra con la Cina ha strettamente osservato le regole del diritto internazionale più di quanto abbiano fatto alcuni Stati europei ».

5 Gustav von Schmoller, nel corso della controversia di allora sullo sviluppo agrario e industriale statale, disse che i grandi imperi mondiali (Gran Bretagna, Stati Uniti d'America e Russia) tendevano a farsi autarchici: cfr. in proposito *Die Theorie von den drei Weltreichen,* nel suo «Jahrbuch» del 1900, pp. 373-74. Dietzel diagnosticava invece una sorta di neosmithismo. Alla controversia parteciparono anche Adolf Wagner, Sering e altri: cfr. gli accenni di Erwin von Beckerath nella sua conferenza su *Heinrich Dietzel als Nationalókonom und Soziologe,* Bonn, 1944, p. 26, nota 2. Werner Sombart aveva già scoperto alla fine del secolo la « legge della riduzione d'importanza del commercio con l'estero » (nel saggio *Entwickeln wir uns zum Exportindustriestaat?*, in «Soziale Praxis», 1898-99, p. 633); cfr. su ciò Max Victor, *Das sogenannte Gesetz der abnehmenden Aufienhandelsbedeutung,* in « Weltwirtschaftliches Archiv », XXXVI, 1932, pp. 50-60. Su M. Hauriou, cfr. la nota a p. 312. La parola « grande spazio » (*Grossraum*) comparve solo più tardi, dopo la prima guerra mondiale; essa fu espressa mediante circonlocuzioni come « territorio mondiale », « blocchi continentali », « sfere d'influenza », « sfere d'interesse », e in diversi altri modi.

6 Cfr. su ciò Adolf Rein nel suo saggio, importante anche sotto il profilo del diritto internazionale, *Über die Bedeutung der überseeischen Ausdehnung für das europäische Staatensystem,* in « Historische Zeitschrift », 137, 1928, p. 79. Sulla presa di posizione di Hautefeuille circa il problema dell'equilibrio mondiale, cfr., sopra, p. 209.

3. *La Lega di Ginevra e il problema dell'ordinamento spaziale della terra*

Le conferenze di pace di Parigi dell'inverno 1918-19 dovevano porre fine ad una guerra mondiale e introdurre una pace mondiale. A differenza delle conferenze di pace del diritto internazionale europeo (del 1648, 1713, 1814-15, 1856, 1878 e 1885) esse non furono conferenze europee. Vi parteciparono infatti Stati di tutti i continenti e le potenze dominanti, le principali potenze alleate e associate - Gran Bretagna, Francia, Italia, Giappone e Stati Uniti d'America — non erano più collegate tra loro da un ordinamento spaziale comune, come lo erano state le grandi potenze dominanti del diritto internazionale europeo. La principale potenza associata, gli Stati Uniti d'America, era rimasta sotto la riserva della dottrina di Monroe, ovvero di un ordinamento spaziale determinato dalla linea globale dell'emisfero occidentale. La principale potenza alleata, il Giappone, aveva già annunciato i propri *special interests* nell'Asia orientale. La grande potenza euroasiatica, l'Unione Sovietica, era del tutto assente.

Nel corso delle conferenze parigine del 1918-19 solo occasionalmente il discorso andò sugli spazi non europei della terra. L'ordinamento extraeuropeo era stato tacitamente lasciato fuori dall'ambito della pace. Anche la libertà dei mari, vale a dire l'ordinamento spaziale della terra al di fuori della terraferma, non era ritenuta un problema e venne pertanto la-

sciata immutata, quasi che l'ordinamento spaziale della terra non avesse subito alcun cambiamento essenziale dal tempo della pace di Utrecht (1713) e del Congresso di Vienna (1814-15).

Nel ruolo di nemico vinto, il cui territorio fu fatto oggetto di una nuova ripartizione, stavano per contro due grandi potenze europee pure, addirittura centro-europee, tradizionali portatrici del diritto internazionale europeo: la Germania e l'Austria-Ungheria. Le trattative di pace parigine possono pertanto essere designate come una conferenza europea non dal punto di vista dei loro attori e soggetti, ma solo da quello del loro oggetto e contenuto. Nel corso di esse vennero tracciati nuovi confini nel territorio dell'Europa centrale e orientale; i possedimenti coloniali del Reich tedesco vennero posti sotto mandato; importanti possedimenti asiatici della Turchia ebbero nuovi sovrani. Questa conferenza mondiale non diede dunque in alcun modo origine a un ordinamento mondiale, ma lasciò il mondo nel suo disordine precedente, sopprimendo soltanto due grandi potenze europee, due colonne dell'ordinamento spaziale fino ad allora vigente, e avviando una nuova ripartizione del territorio europeo. Mentre nei secoli passati erano state le conferenze europee a determinare l'ordinamento spaziale della terra, nelle conferenze di pace di Parigi avvenne per la prima volta il contrario: era il mondo che decideva sull'ordinamento spaziale dell'Europa. Ciò voleva dire che, a partire da un mondo che versava nel completo disordine, veniva fatto il tentativo di istituire un nuovo ordine in Europa. La nuova ripartizione del suolo europeo, imposta all'Europa da una conferenza mondiale, dovette essere garantita da una Lega delle Nazioni, una *Société des Nations,* una *League of Nations.*

La Lega ebbe la sua sede a Ginevra, una collocazione che fu imposta dal presidente americano W. Wilson.

Ciò aveva un certo valore simbolico, dato anche il significato spirituale del luogo; sulle conseguenze pratiche di questa scelta diremo qualcosa più avanti.[1] Vennero a esser membri della Lega Stati di ogni continente, tra i quali anche diciotto Stati americani, che da soli costituivano un buon terzo di tutti i membri. Non si trattava di una struttura federalistica nel senso di un'autentica federazione o confederazione di Stati. Sotto la denominazione di *Société* o *League* delle nazioni venivano semplicemente concordate alcune libere relazioni interstatali, prudentemente formulate e piene di riserve, le quali dovevano valere per i governi di una cinquantina di Stati sparsi in tutta la terra. Tale Lega era dunque in primo luogo un sistema procedurale di conferenze interstatali alle quali partecipavano i rappresentanti diplomatici istruiti dai governi europei e non europei, riuniti in sedute che prendevano il nome di *Assemblée générale* e di *Conseil*. Questo sistema di occasioni congressuali era combinato con numerosi uffici amministrativi internazionali e con un segretariato.

Il significato politico di una simile combinazione consisteva in una certa funzione di controllo e di guida che due grandi potenze europee dominanti, l'Inghilterra e la Francia, esercitavano sugli Stati piccoli e medi dell'Europa. A ciò si aggiungeva, per le medesime potenze dominanti, la possibilità di un'azione comune, che nel caso più favorevole aveva il valore di patto d'alleanza. Abbiamo fin qui spesso ricordato come non l'eliminazione, ma la limitazione e la moderazione della guerra, ovvero l'esclusione della guerra d'annientamento, costituisca il senso di ogni diritto internazionale. Sotto questo punto di vista la Lega di Ginevra non era assolutamente di alcun aiuto. La guerra non discriminante tra gli Stati, tipica del diritto internazionale europeo fino ad allora vigente, venne posta in questione mediante il concetto di sanzione, ma non venne affatto eliminata o soppressa aperta-

mente. Di conseguenza la Lega fallì non solo di fronte al problema prioritario del disarmo, ma anche di fronte al compito di giungere a una limitazione della guerra nel suo complesso. Il primo e unico grande caso di ricorso alle sanzioni economiche, nel 1935-36, non si verificò contro la Germania, come la Francia si era originariamente aspettata, ma contro l'Italia. In occasione di queste sanzioni contro l'Italia restarono senza risposta tutte le questioni del diritto bellico; le stesse sanzioni non impedirono che lo Stato aggredito, l'Etiopia, membro della Lega, fosse infine debellato, sottomesso e annesso dall'aggressore, anch'esso membro della Lega. Tali sanzioni furono poi annullate da una risoluzione dell'assemblea generale del 4 luglio 1936. Parecchi membri della Lega riconobbero ufficialmente l'annessione. In un trattato con l'Italia del 16 aprile 1938 il governo inglese s'impegnò non solo a riconoscere l'annessione, ma anche a esercitare la propria influenza nel corso della riunione successiva del Consiglio affinché fossero rimossi gli ostacoli che ancora impedivano agli altri membri della Lega di procedere al riconoscimento. La riunione del Consiglio avvenne il 12 maggio 1938. Il ministro degli esteri inglese, Lord Halifax, sostenne che ogni membro della Lega doveva decidere da solo secondo le proprie convinzioni se riconoscere o meno l'annessione. Egli sottolineò che l'interesse alla pace e alla sicurezza era più importante dell'osservanza del principio astratto del non riconoscimento di annessioni avvenute con la forza. Solo membri appartenenti a paesi molto lontani, come la Cina, la Bolivia, l'Unione Sovietica e la Nuova Zelanda, dissentirono. La maggioranza convenne con il punto di vista inglese. Il Consiglio non prese alcuna risoluzione ufficiale, ma il presidente tenne in considerazione il fatto che la grande maggioranza dei membri del Consiglio era d'accordo nel concedere ai singoli paesi membri della Lega il diritto di decidere sul ricono-

scimento dell'annessione. Il nome dell'Etiopia non fu però cancellato dalla lista dei paesi membri. La vera decisione avvenne solo con la seconda guerra mondiale, al di fuori ormai del quadro della Lega di Ginevra, che nel frattempo aveva cessato di esistere.

Strana istituzione! Forse nel caso dell'Etiopia continuava ancora a valere in modo inconscio la distinzione del diritto internazionale europeo precedente, secondo cui le guerre condotte sul territorio non europeo erano estranee al proprio ordinamento, e l'Africa era vista come suolo coloniale. Tutte le numerose incongruenze interne di questa istituzione così contraddittoria avevano comunque la loro radice nel disordine internazionale, il quale è inevitabile, se non viene chiarita la struttura dell'ordinamento spaziale e se viene dissolto il concetto di guerra. Invece di limitare la guerra, si era costruita una rete di formule di compromesso deliberatamente oscure e di norme prudentemente stilizzate, da sottoporre a un'interpretazione che si pretendeva puramente giuridica. Mentre la *respublica christiana* del Medioevo europeo conteneva un ordinamento spaziale reale, la Lega di Ginevra tra il 1919 e il 1939 offre un esempio tipico di come non si possa fondare alcun ordinamento internazionale complessivo senza la chiara idea di un nomos radicato nello spazio. Nessun sistema normativo, per quanto elaborato e interpretato con impegno, può compensare questa mancanza. Gli insuccessi delle istituzioni e dei metodi di Ginevra non sono propriamente dovuti all'insufficienza dei giuristi, i quali dominavano con grande solerzia la scena normativistica che stava in primo piano e avevano prodotto un'apparente fioritura della scienza del diritto internazionale. Ma i giuristi, secondo la concezione di ciò che essi chiamavano positivismo, non potevano svolgere in generale alcuna funzione se non quella secondaria di organi ausiliari, così che in questo caso non sor-

prende affatto la nota lamentela secondo cui « i giuristi sono interpellati soltanto per offrire quei pareri che confermano il punto di vista del committente politico». Il motivo vero e proprio dell'insuccesso della Lega di Ginevra era la totale mancanza, in essa, di ogni decisione in grado di fondare un ordinamento spaziale, e persino di ogni idea di un ordinamento spaziale. L'organizzazione ginevrina voleva infatti essere allo stesso tempo un ordinamento europeo e un ordinamento universale e globale. Essa era specifica-mente europea in quanto era a spese dei vinti della prima guerra mondiale — due grandi potenze europee o, addirittura, mitteleuropee — che era stata effettuata la nuova ripartizione territoriale. Era invece specificamente universale e globale in riferimento all'idea del suo promotore e fondatore, il presidente americano Wilson, e — questo però in un modo completamente diverso — in riferimento agli interessi marittimi globali di uno dei suoi membri principali: l'impero mondiale inglese con i suoi *dominions*. A causa di questo universalismo, senz'altro plurivalente, era rimasta senza risposta la questione più importante, e l'unica decisiva, dell'odierno diritto internazionale.

Lo sviluppo planetario aveva condotto già da tempo a un chiaro dilemma tra universo e pluriverso, tra monopolio e polipolio, ovvero al problema se il pianeta fosse maturo per il monopolio globale di un'unica potenza o fosse invece un pluralismo di grandi spazi in sé ordinati e coesistenti, di sfere d'intervento e di aree di civiltà, a determinare il nuovo diritto internazionale della terra. Già dalla fine del secolo scorso gli studiosi di economia politica avevano discusso del problema (cfr., sopra, p. 297). Tra i grandi giuristi, fu Maurice Hauriou a pronunciarsi, già nel 1910, con tutta la chiarezza del suo pensiero e la saggezza della sua persona, per l'idea di un grande spazio unificato federali-sticamente.[2] Ma a Ginevra

l'opinione pubblica era dominata dalla pretesa ideologica di un universalismo acritico. Ciò determinava la struttura con cui la Lega di Ginevra entrò in scena e per cui perì. Il problema spaziale dell'Europa si imponeva sotto ogni profilo: da un punto di vista politico per effetto della *balcanizzazione* dell'Europa; da un punto di vista economico come problema dei debiti di guerra, delle riparazioni, dei dazi protettivi e della valuta; da un punto di vista filosofico come problema del pluralismo. Ma le potenze che determinavano l'atmosfera ginevrina consentirono al massimo una discussione prudentemente pilotata, e non un serio scambio di idee. L'universalismo rimase il dogma e la confessione di Ginevra. Negli anni 1929-30 si arrivò a discutere però del progetto di una *Union européenne* presentato da Briand. Ma nel fare ciò si prestò gelosamente attenzione a che le discussioni si svolgessero nel quadro esclusivo delle conferenze ginevrine; fu così che delegati del Paraguay, dell'Uruguay e un maragià indiano istruirono l'Europa sull'unità della terra. Proprio questa presa di posizione di Stati non europei mostrò che il quadro esteriore della Lega di Ginevra e la sua fissazione su idee universalistiche costituivano anche un insormontabile limite interno alla trattazione di questo problema.[3]

Data questa incapacità di decidere sulla questione fondamentale dell'ordinamento spaziale, la Lega di Ginevra non poteva neppure sviluppare in sé un coerente principio unitario dello *status quo* territoriale. Detto in termini giuridici: essa non intervenne nemmeno con un chiaro *interdictum uti possidetis* e non riuscì in fondo nemmeno a fornire una garanzia provvisoria del possesso. Una qualche idea della garanzia del possesso, dello *status quo* e dell'*uti possidetis* fa parte di ogni diritto, di ogni unità di ordinamento e localizzazione. L'istituzione ginevrina sembrava anche garantire a tutti i propri membri l'integrità territoriale, una garanzia che era espressa-

mente enunciata nell'art. 10 del patto di fondazione della Lega. Ma alla legittimità di questo *status quo* territoriale facevano ostacolo altri princìpi, se non ufficialmente riconosciuti tuttavia assai efficaci, come quello della libera autodeterminazione dei popoli, che poneva fondamentalmente in questione l'univocità non problematica dello *status quo.* Nell'art. 19 del patto era inoltre prevista una procedura di revisione nel caso di situazioni internazionali di pericolo per la pace, anche se con una formulazione prudente e costellata di riserve, la quale non lasciava intravedere alcun criterio di ripartizione concreto. Ma la vera difficoltà era di natura ancora più profonda e riguardava la questione di che cosa mai significasse in questo contesto lo *status quo.*

La Lega di Ginevra non poteva essere un ordinamento mondiale universale già per il fatto che le due moderne potenze spaziali, l'Unione Sovietica e gli Stati Uniti d'America, erano assenti. Per quanto riguarda lo spazio formalmente tutelato dalla Lega, la prima contraddizione fondamentale consisteva nel fatto che le due potenze europee dominanti di questo nuovo sistema, l'Inghilterra e la Francia, intendevano in modo del tutto diverso lo *status quo* dell'Europa e della terra. I loro concetti dello *status quo* non concordavano minimamente e giungevano anzi a contraddirsi e ad annullarsi reciprocamente in maniera così radicale, che in realtà non erano più garantiti né la pura situazione di fatto dell'anno 1919 né i nuovi confini degli Stati d'Europa. Il patto di Ginevra non conteneva di conseguenza alcuna vera e propria garanzia del possesso, neppure in via provvisoria. Lo *status quo* cui miravano gli interessi *inglesi* riguardava un impero mondiale esteso su tutta la superficie terrestre, avente come presupposto il dominio sugli oceani e una libertà dei mari che veniva interpretata alla maniera inglese, cercando cioè di assicurare lo *status quo* della terra dal punto di vista delle vie marittime, impor-

tanti per un tale impero mondiale marittimo. Questa rappresentazione dello *status quo* della terra, estesa a tutto il mondo e relativa al mare, consentiva un grande spazio di gioco per la definizione dei confini statali e delle relazioni di possesso sul continente europeo. Essa poteva essere molto elastica riguardo alle questioni territoriali europee e tollerare agevolmente ampi tentativi di revisione territoriale. Del tutto opposto era il concetto di *status quo* della *Francia,* volto a fissare la ripartizione del territorio del continente europeo e a mantenere i confini territoriali del 1919.[4] Il suo orizzonte appariva ristretto al confronto con l'orizzonte mondiale dell'altra potenza dominante, essenzialmente marittima. Non era inoltre elastico rispetto ai tentativi di revisione territoriale in Europa, e si distingueva completamente anche dal punto di vista della struttura spaziale. La logica giuridica della legalità che è propria di questa rappresentazione francese, tipicamente terranea ed eurocontinentale, dello *status quo* indica qualcosa di assai diverso e di opposto rispetto alle concezioni pratiche e alle deduzioni che dovevano apparire legittime alla visione mondiale marittimo-inglese dello *status quo.*

A quest'ambiguità e inconciliabilità intrinseca nei concetti spaziali fondamentali corrispondeva un'altrettanto grossa ambiguità nel concetto di guerra che questa strana Lega aveva. Da un lato, infatti, essa restava ferma al concetto di guerra militare interstatale del diritto internazionale europeo fino ad allora vigente; dall'altro lato cercava invece di introdurre, per mezzo di pressioni economiche e finanziarie, nuovi strumenti di costrizione e nuove sanzioni, il che finì per cancellare la guerra non discriminante del diritto internazionale interstatale e, con essa, il fondamento del diritto di neutralità fino ad allora riconosciuto.

Vanno qui nuovamente ricordate due verità: in primo luogo che il diritto internazionale ha il compito di impedire la

guerra d'annientamento, ovvero di limitare la guerra qualora questa sia inevitabile; in secondo luogo che un'abolizione della guerra, senza una sua autentica limitazione, ha come unico risultato quello di provocare nuovi tipi di guerra, verosimilmente peggiori, ricadute nella guerra civile e altre specie di guerre d'annientamento. Ma a Ginevra si discuteva molto di bandire e abolire la guerra, e mai invece di una limitazione spaziale di essa. La distruzione della neutralità portò invece al rifiuto di ogni dimensione spaziale tipico di una guerra mondiale globale e dissolse ciò che veniva chiamato *pace* nelle pretese interventistiche, senza spazio e senza struttura, delle ideologie. Tutti gli sforzi di realizzare un patto sicuro di comune assistenza reciproca, di *assistance mutuelle*, rimasero senza esito e del resto, anche qualora si fosse riusciti a pervenire ad un simile patto, dotato di ogni forma richiesta e ratificato da tutti gli Stati membri, non si avrebbe egualmente potuto sopperire alla fondamentale mancanza di un ordinamento spaziale concreto e di un chiaro concetto di guerra. Fallì pure il grandioso tentativo di fare dell' *agression* un crimine di diritto internazionale, un *crime international*. Abbiamo già indicato in un altro contesto (cfr., sopra, alle pp. 104-140, il capitolo su Francisco de Vitoria) la provenienza spirituale di quest'idea. L'acume giuridico con il quale si cercò di specificare i singoli casi concreti dell'aggressione non potè cambiare in nulla il carattere vano del tentativo. Di ciò tratteremo più dettagliatamente nel prossimo capitolo, sul mutamento di significato della guerra.

Non occorre qui entrare nel merito di tutti i grandi problemi, peraltro assai dibattuti. È opportuno piuttosto mostrare alcune conseguenze pratiche della mancanza di un ordinamento spaziale rispetto a tre questioni essenziali per la Lega di Ginevra: rispetto al problema dei mutamenti territoriali, a quello del mantenimento o del non mantenimento delle

neutralizzazioni permanenti, e a quello del rapporto dell'Europa con la linea globale dell'emisfero occidentale. Queste tre questioni specificamente europee vanno qui svolte almeno per sommi capi, non già per rovistare tra le macerie del passato e tanto meno per esercitare a buon mercato una critica postuma su tentativi poco felici, bensì per porre in giusta luce le conseguenze giuridico-internazionali di un pensiero normativistico privo di spazialità e di ordine.

1. A causa della mancanza di un reale ordinamento spaziale, neppure l'evidente punto di vista dello stato

attuale del possesso, ovvero dello *status quo* territoriale, riusciva a determinare un principio giuridico. Si era costretti a non andare oltre il semplice fatto dello *status quo* del momento, provocando così annose e inconcludenti discussioni sul metodo dei mutamenti territoriali, le quali venivano condotte sotto la denominazione di *peaceful change*. A questo proposito, del materiale assai voluminoso è stato prodotto nella decima seduta della « Conférence permanente des Hautes Etudes Internationales » svoltasi a Parigi nel 1937.[5] In realtà le quasi settecento pagine a stampa riproducenti le relazioni e le discussioni di questa conferenza non dicono molto. In esse un revisionismo manovrato da parte inglese argomenta un po' qui e un po' là, in modo tanto prudente quanto superficiale, contro un rigido e quanto mai deciso antirevisionismo, dettato dal bisogno di sicurezza dei Francesi. La questione centrale relativa alla struttura spaziale del diritto internazionale, l'alternativa tra una pluralità di grandi spazi e l'ordinamento spaziale globale di un mondo sotto un dominio unitario, la grande antitesi della politica mondiale, cioè il contrasto tra un dominio mondiale centrale e un equilibrio tra più ordinamenti spaziali, tra universalismo e pluralismo, monopolio e polipolio, non vennero affatto presi in considerazione nel cor-

so di quei dibattiti sul *peaceful change*. Solo in alcuni cenni dei partecipanti americani, come Quincy Wright, si badò ai mutamenti e alle nuove ripartizioni che la moderna esigenza globale richiedeva. Per quest'ultima, come disse esattamente Quincy Wright, i mutamenti economici e i trasferimenti di oro, industrie e forza lavoro sono di gran lunga più interessanti dei *transferts de territoires*. Invece gli zelanti interlocutori della discussione — gli Stati europei, e in primo luogo la Romania e l'Ungheria — seguitavano accanitamente e spasmodicamente a ripetere da un lato lo slogan di uno *status quo* ingenuamente presupposto e dall'altro lo slogan opposto di una *revisione* di questo *status quo,* dove in fondo già il termine pseudogiuridico *revisione* tradiva la mediocrità dell'intera discussione. L'improduttività di quella conferenza è evidente. La semplice spiegazione di ciò sta nel fatto che non solo l'intera Lega di Ginevra non aveva alcuna idea di un ordinamento spaziale, ma che non conteneva in sé neppure un vero e proprio principio dello *status quo* territoriale, e anzi neppure un'idea comune di che cosa doveva essere considerato come lo *status quo* della terra sanzionato dalla Lega. Infine, con l'atto intrinsecamente menzognero degli accordi di Monaco del settembre 1938 fu semplicemente sacrificato un membro della Lega, e ciò in un modo tale che, a confronto, la spartizione della Polonia nel secolo XVIII fu una procedura ordinatrice.[6] Appena un anno dopo questi accordi di Monaco si giunse, nel settembre 1939, allo scoppio della seconda guerra mondiale, senza che fosse invocato l'intervento della Lega di Ginevra. Solo l'Inghilterra, nella sua dichiarazione del 3 settembre 1939, si richiamò agli impegni che le derivavano dal patto Kellogg.

2. La medesima mediocrità, dovuta alla mancanza di un ordinamento spaziale, tornò a presentarsi a proposito della

questione delle *neutralizzazioni* permanenti di singoli Stati europei. Tali neutralizzazioni, che escludono determinati spazi dall'ambito di un potenziale teatro di guerra, sono metodi caratteristici di limitazione della guerra all'interno di un ordinamento spaziale di diritto internazionale. Costituiscono pertanto, se non si riducono a pezzi da museo privi d'importanza, una notevole espressione della struttura complessiva di quello stesso diritto internazionale cui esse devono la propria garanzia. Non sono assolutamente qualcosa di « abnorme » o di « unico ». L'influenza inconsueta che esercitavano in quest'epoca i giusinternazionalisti svizzeri e belgi rispecchia piuttosto una realtà concreta. La neutralità permanente della Svizzera, così come essa era stata garantita dalle potenze europee nell'art. 74 degli atti conclusivi del Congresso di Vienna (20 novembre 1815) e accettata quindi dalla Svizzera con manifestazioni di gratitudine, costituì per tutto il secolo XIX una componente essenziale del diritto internazionale europeo. Era caratteristica e destino dello *jus publicum Europaeum* che avesse luogo la neutralizzazione permanente della Svizzera, e non quella — tanto spesso garantita — dello Stato della Chiesa. Nella seconda metà del secolo XIX due Stati nazionali, l'Italia e il Reich tedesco, si affermarono come nuove grandi potenze ai confini della Svizzera. Ciò non fece che rendere ancora più forte il significato strutturale della neutralità svizzera, poiché questa diveniva ora la prova del riconoscimento internazionale del fatto che il mutamento territoriale provocato dal sorgere di quelle due nuove grandi potenze non aveva demolito la struttura spaziale del diritto internazionale vigente nel suo insieme.

La conferenza di pace di Parigi del 1918-19 aveva espressamente confermato gli accordi del 1815 e la neutralità permanente della Svizzera (art. 435 del trattato di Versailles). Essa aveva confermato in questo modo anche quell'ordinamen-

to spaziale dell'Europa che essa stessa aveva cancellato. La contraddizione era tangibile, ma nell'atmosfera di quel tempo non se ne ebbe consapevolezza. Questa medesima contraddizione veniva ancor più evidenziata, per effetto delle ideologie pacifiste dominanti, sotto il profilo del mutamento del concetto di guerra. Il diritto alla prevenzione della guerra di cui la Società delle Nazioni di Ginevra era portatrice comprendeva la pretesa di qualificare le guerre come lecite o illecite e di discriminare, dal punto di vista del diritto internazionale, tra gli Stati belligeranti a seconda della ragione o del torto. Il concetto di neutralità, tipico del diritto internazionale interstatale fino ad allora vigente, veniva così negato nel suo principio fondamentale, cioè la perfetta *aequalitas* di entrambi gli *justi hostes*. Malgrado ciò la Svizzera, Stato neutralizzato in via permanente, doveva essere un membro a tutti gli effetti di questa unione ginevrina e come tale costretto addirittura a prender parte, come ogni altro membro, a discussioni e deliberazioni squalificanti e discriminanti della Lega nei confronti di altri paesi.

Si cercò di superare questa intima contraddizione mediante il riconoscimento da parte del Consiglio della Lega, nella dichiarazione di Londra del 13 febbraio 1920, della « situazione eccezionale e unica », la *situation unique,* della Svizzera. Fu dichiarato, riproducendo la formulazione dell'art. 435, che le garanzie stabilite a favore della Svizzera nei trattati del 1815 rappresentavano « accordi internazionali per il mantenimento della pace ». Ma la *pace* era in quel contesto non un concetto astratto, bensì un concetto riferito a un ordinamento spaziale europeo ben determinato e concreto. A ciò non si prestò attenzione. Si avvertì invece, più ideologicamente, che la neutralità permanente era inconciliabile con l'appartenenza al sistema universalistico di prevenzione della guerra di cui era portatrice la Lega di Ginevra. Si cercò di risolvere questa

contraddizione stabilendo che la Svizzera doveva prendere parte non alle sanzioni militari, ma a quelle economiche (art. 16 del patto di Ginevra). Tuttavia è facile comprendere che la situazione eccezionale e unica di una Svizzera neutralizzata in via permanente era non già la premessa, bensì la conseguenza, della dichiarazione londinese. Infatti la situazione svizzera in quanto tale, nella sua abnormità, aveva avuto origine soltanto con i trattati di pace di Parigi del 1919 e con la stessa Lega di Ginevra.

Se l'istituzione ginevrina avesse avuto successo con le sue sanzioni economiche e se le fosse riuscito realmente di sostituire la guerra militare interstatale mediante pressioni economiche, la partecipazione a queste sarebbe evidentemente stata un atto contrario alla neutralità non diversamente dalla partecipazione alle azioni militari nel corso di una guerra puramente militare. Ma su questo non si arrivò ad alcuna autentica prova. Si verificò invece qualcosa di diverso. Proprio nella misura in cui la Lega ginevrina mostrava chiaramente la sua impotenza politica, ovvero la sua incapacità di pervenire ad un nuovo ordinamento spaziale e quindi ad una limitazione della guerra, ebbe successo un singolare e isolato tentativo di restaurazione, che riaffermò la vecchia neutralità tradizionale della Svizzera. Dopo una fase intermedia di ingegnose « distinzioni » all'interno del concetto di neutralità, il Consiglio federale svizzero inviò il 29 aprile 1938 al Consiglio della Società delle Nazioni un memorandum nel quale si rendeva noto il proposito della Svizzera di non prendere parte, vista la propria neutralità permanente, all'esercizio delle sanzioni previste dal patto della Lega, comprese quelle cui la Svizzera si era impegnata in seguito alle dichiarazioni dell'anno 1920. Era questo il ritorno alla neutralità *integrale,* o — detto più semplice-mente — alla vecchia neutralità. Il Consiglio della Lega lo riconobbe e dichiarò con una risolu-

zione del 14 maggio 1938 che la Svizzera non sarebbe più stata invitata a prendere parte alle sanzioni di cui all'art. 16 del patto.

Questo caso di restaurazione è straordinariamente istruttivo. Con esso si era provato che la neutralità permanente della Svizzera era più forte della nuova Lega ginevrina. Questo significava tuttavia soltanto che i metodi di Ginevra si erano dimostrati deboli e inefficaci. Non voleva dire affatto che con il ritorno alla neutralità *integrale* della Svizzera si fosse restaurato anche il fondamento e il presupposto esistenziale di essa, ovvero l'antico ordinamento spaziale dello *jus pu-blicum Europaeum*. La restaurazione era in verità solo apocrifa, perché la neutralizzazione permanente di un paese non può restare sospesa in uno spazio vuoto come se si trattasse di un'istituzione isolata e priva di presupposti.

Ciò è quanto apparve egualmente a proposito del secondo caso classico, quello della neutralità del *Belgio*, garantita dalle grandi potenze. Durante la prima guerra mondiale, nel 1917, il Belgio aveva disdetto i trattati di garanzia del 1839. Il trattato di Versailles annullò i trattati del 1839 in quanto « non più adeguati alla situazione»; nell'art. 31 del trattato di Versailles il Reich tedesco fu costretto ad accettare questo annullamento e a riconoscere la nuova realtà di un Belgio non più neutralizzato. Ma anche in questo caso si verificò un singolare tentativo di restaurazione della vecchia neutralità, esattamente parallelo alla crisi crescente che investiva la Società delle Nazioni. Il 14 ottobre 1936 il Belgio dichiarò di ritornare ad una neutralità volontaria. La Francia e l'Inghilterra dispensarono il Belgio dai suoi impegni, mantenendo però in vita i loro obblighi di assistenza nei confronti di questo Stato (24 aprile 1937). Il Reich tedesco, da parte sua, il 13 ottobre 1937 rilasciò una dichiarazione di garanzia. Il rapporto che tutte queste dichiarazioni e garanzie avevano con i diritti e gli

obblighi del Belgio in quanto membro della Società delle Nazioni restò, per le molte riserve, non chiaro. Anche qui, tuttavia, si vide che l'idea di assicurare stabilmente la neutralità di alcuni Stati europei nello stile del XIX secolo era sempre ancora più forte del nuovo ordinamento della terra preteso dalla Lega di Ginevra. Purtroppo però anche nel caso del Belgio non era detto che il ritorno alla neutralizzazione significasse un ritorno globale dell'Europa al suo antico ordinamento spaziale e una restaurazione del vecchio *jus publicum Europaeum*.

3. Una simile restaurazione non sarebbe neppure stata tanto semplice. Il problema del rapporto tra la Lega di Ginevra e l'Europa era in realtà solo il problema del rapporto tra *la Lega di Ginevra e l'emisfero occidentale*. E quest'ultimo era a sua volta, a causa dello schiacciante potere economico e politico degli Stati Uniti, in primo luogo il problema del rapporto tra la Lega e gli Stati Uniti d'America. Ciò non sembrava rappresentare affatto un problema per il positivismo giuridico. Gli Stati Uniti avevano rifiutato di ratificare il trattato di Versailles; avevano concluso con la Germania la pace separata del 25 agosto 1921 e non erano divenuti membri della Lega ginevrina. Anche i tentativi di far loro prender parte almeno alla Corte permanente di giustizia internazionale dell'Aja rimasero senza esito. Gli Stati Uniti restarono così in tutta ufficialità, quindi evidentemente in una maniera quanto mai risoluta, *assenti* da Ginevra. Tornando però a esser *presenti,* in modo indiretto, ma non perciò meno efficace e intenso, su altre questioni europee. Si creò così una singolare combinazione di assenza ufficiale e di presenza effettiva che contrassegnò il rapporto degli Stati Uniti d'America con la Lega ginevrina e l'Europa, che dobbiamo ora considerare brevemente

onde poter comprendere con esattezza il disordine spaziale di questo periodo che va dal 1919 al 1939.

Facevano parte della Lega numerosi Stati americani che per vari motivi e varie considerazioni venivano definiti Stati sovrani, ma che dipendevano dagli Stati Uniti, sotto il cui controllo stava la loro politica estera. Stati come Cuba, Haiti, Santo Domingo, Panama e Nicaragua erano membri della Lega di Ginevra e occasionalmente anche del Consiglio della Lega. Essi tuttavia non dipendevano solo economicamente e fattualmente dagli Stati Uniti, non gravitavano cioè soltanto nell'area dei grandi spazi dominata dalla dottrina di Monroe e dalla cosiddetta dottrina dei Caraibi, ma erano vincolati in politica estera anche mediante espliciti trattati formali. Trattati come quelli che gli Stati Uniti avevano stipulato con Cuba il 22 maggio 1903 o con Panama il 18 novembre 1903 sono tipici di quella forma moderna di direzione la cui prima caratteristica è la rinuncia a procedere all'aperta annessione territoriale dello Stato diretto. Lo status territoriale dello Stato diretto non viene mutato in modo da fare di quest'ultimo nient'altro che un territorio appartenente allo Stato-guida. Il territorio statale viene però incluso nel dominio spaziale dello Stato-guida e dei suoi *special interests,* ovvero nell'ambito della sua sovranità spaziale. Lo spazio esteriore — svuotato — della sovranità territoriale rimane intatto, mentre il contenuto reale di questa sovranità viene modificato in quanto vincolato alla protezione del grande spazio economico della potenza esercente il controllo. Sorge così il tipo moderno di accordo internazionale d'intervento. Il controllo e il dominio politico si fondano qui sull'intervento, mentre lo *status quo* territoriale rimane garantito. Lo Stato esercente il controllo ha il diritto di intromettersi negli affari dello Stato controllato per proteggerne l'indipendenza o il regime della proprietà privata, per salvaguardarne l'ordine e la sicurezza, per tutelare la legitti-

mità o la legalità di un governo o per altre ragioni ancora, sull'esistenza delle quali è esso stesso a decidere con libero apprezzamento. Il suo diritto d'intervento è assicurato dalla presenza di basi militari d'appoggio, porti della marina da guerra e mercantili, insediamenti e dislocazioni territoriali, o in altre forme ancora. Lo Stato esercente il controllo sottopone il diritto d'intervento al riconoscimento mediante trattati e convenzioni, in modo tale che risulta possibile affermare che da un punto di vista puramente giuridico qui non si è più in presenza di un intervento.

Il senso di questa nuova procedura sta nella soppressione dell'ordinamento e della localizzazione che erano insiti nel regime territoriale fino ad allora vigente. Tutti i singoli casi di esercizio dei nuovi metodi di dominio e di controllo mostrano il medesimo tratto essenziale: la sovranità territoriale si trasforma in un vuoto spazio di eventi economico-sociali. Viene garantita l'integrità territoriale esteriore, con i suoi confini lineari, non già il contenuto sociale ed economico della stessa integrità, ovvero la sua sostanza. Lo spazio del potere economico determina l'ambito giuridico internazionale. Uno Stato la cui libertà d'azione è in tal modo limitata da diritti d'intervento è qualcosa di diverso da uno Stato la cui sovranità territoriale consiste nella libertà di attuare concretamente, in forza di una propria decisione sovrana, concetti come quello di *indipendenza*, *ordine pubblico*, *legalità* e *legittimità*, o di decidere sulla costituzione della proprietà e dell'economia, e di realizzare il principio fondamentale *cujus regio, ejus oeconomia*. Gli Stati americani menzionati appartenevano, stando all'ordinamento spaziale presupposto dalla dottrina di Monroe, all'emisfero occidentale, e inoltre - in base ai trattati internazionali sottoscritti — stavano in uno stretto legame con l'ambito della *sovranità territoriale* degli Stati Uniti d'America. Se, nonostante ciò, essi continuavano a rimanere anche

membri della Lega di Ginevra, compariva qui, nell'ambito dell'istituzione di Ginevra - accanto al sistema spaziale mondiale, specificamente marittimo, dell'impero britannico - un secondo sistema di grandi spazi, chiuso in sé, anche se in una maniera particolare e singolare: una pluralità di Stati diretti era infatti presente a Ginevra come insieme di membri sovrani, equiparati agli altri, mentre il governo che li dirigeva rimaneva assente.

Con ciò l'Europa risultava posta in ombra dall'emisfero occidentale. La stessa Lega di Ginevra vi si era sottomessa fin da principio. Nell'art. 21 del suo statuto si era apertamente piegata dinanzi alla dottrina di Monroe. In quest'articolo si diceva che la dottrina di Monroe, in quanto *entente regionale* tesa ad assicurare il mantenimento della pace, « non » era « inconciliabile » con lo statuto della Lega ginevrina. La storia di come nacque tale dichiarazione è di grande interesse nel nostro contesto. Tra i suoi numerosi particolari, più volte illustrati, vanno tenuti presenti soprattutto i seguenti fatti: le trattative del comitato della Lega nel corso della conferenza di pace parigina si erano interrotte nel periodo tra il 13 febbraio e il 22 marzo 1919, perché Wilson era tornato in America per informarsi direttamente sulle tendenze prevalenti nel suo paese. Là si convinse che il movimento di opposizione isolazionista era diventato straordinariamente forte e che il senato avrebbe insistito sulla riserva esplicita della dottrina di Monroe. Il presidente pretese quindi, nel prosieguo delle trattative al suo rientro a Parigi, l'inserimento esplicito di questa riserva nel testo dello statuto. Per i politici francesi la speranza in un aiuto in Europa da parte degli Stati Uniti fu determinante; essi vedevano infatti nella Lega ginevrina soltanto il sostitutivo di una garanzia americana o di un patto d'alleanza. Quando Wilson dichiarò in modo non tanto velato che senza un richiamo alla riserva esplicita della dottrina di Monroe gli

Stati Uniti non sarebbero entrati nella Lega, i rappresentanti francesi rinunciarono a opporsi ulteriormente alla riserva. Wilson espresse in quest'occasione alcune considerazioni circa il significato pratico della dottrina di Monroe e affermò ad esempio che questo principio non voleva impedire alla Lega di intervenire nelle faccende americane.

Di fronte alla pretesa di Wilson di inserire esplicitamente nel testo dello statuto il riconoscimento della dottrina di Monroe, un eminente giusinternazionalista francese, Larnaude, pose allora alcune ovvie questioni sul contenuto della dottrina. Larnaude temeva in particolare che gli Stati Uniti, con il richiamo alla dottrina di Monroe, avrebbero rifiutato un intervento negli affari europei (e quindi una difesa effettiva della Francia). Tali questioni resero chiara la difficile situazione di Wilson. Questi oscillava infatti tra la tradizionale dottrina dell'isolamento dell'emisfero occidentale e ciò che era l'opera della sua vita, ovvero la realizzazione dell'ideale di una Lega universale per la pace mondiale. Questo dilemma tra isolamento e intervento, di cui chiariremo in seguito il senso più profondo, divenne infine così disperato per il presidente americano che a Parigi, dando assicurazioni poco chiare circa il contenuto della dottrina di Monroe, egli dovette pretendere il riconoscimento esplicito di quest'ultima nello statuto della Lega, poiché altrimenti — come si è detto — gli Stati Uniti non sarebbero entrati nella Società delle Nazioni. Così fu inserita la riserva della dottrina di Monroe nello statuto della Lega. Essa figurò nell'art. 21 quale parte costitutiva e pienamente valida dello statuto, e contemporaneamente quale simbolo del trionfo dell'emisfero occidentale sull'Europa. Ma il senato degli Stati Uniti, come è noto, non ratificò egualmente il trattato di Versailles e il suo patto. Gli Stati Uniti non aderirono alla Lega di Ginevra e non ne divennero membri. In questo modo a Ginevra si abbandonò l'idea di

un rapporto reciproco tra i continenti e gli emisferi e ci si piegò dinanzi all'emisfero occidentale, senza però che fosse chiaro su quale principio dell'ordinamento spaziale la Lega avrebbe dovuto d'ora in poi poggiare. Nel testo dello statuto essa riconobbe solennemente la superiorità dei princìpi dell'ordinamento spaziale americano e la speciale preminenza del continente americano. Con la conseguenza che essa contemporaneamente rinunciò a porre a fondamento del proprio sistema spaziale, che non era né specificamente europeo né coerentemente globale, un chiaro ordinamento dello spazio.

La portata pratica dell'art. 21 dello statuto di Ginevra risulta comprensibile soltanto alla luce di questa storia delle sue origini. La dottrina di Monroe, ovvero il principio tradizionale dell'isolamento dell'emisfero occidentale, affermò con tutte le sue ampie interpretazioni il suo primato su Ginevra. Così la Lega rinunciò a elaborare una seria soluzione del problema più importante, vale a dire quello dei rapporti tra l'Europa e l'emisfero occidentale. L'interpretazione pratica dell'ambigua dottrina di Monroe, il suo impiego nei singoli casi concreti, la definizione della guerra e della pace, le conseguenze per la questione dei debiti tra gli alleati e per il problema delle riparazioni, tutto ciò finiva ovviamente nelle mani degli Stati Uniti d'America. Una reale competenza o un potere della Lega erano pertanto esclusi non solo per quanto riguardava le relazioni tra gli Stati americani, ma anche per quanto riguardava le relazioni tra uno Stato europeo e Stati americani. Malgrado si fosse occasionalmente occupata di affari di Stati americani, la Società delle Nazioni di Ginevra era sotto questo profilo come paralizzata e zoppicante. Al contrario, i diritti degli Stati membri americani erano del tutto gli stessi degli altri, e in particolare degli Stati membri europei. In altre parole: la condotta della Lega nelle

questioni europee, ad esempio per quanto riguarda i piani di unione europea (1929-30) o l'unione doganale tra Germania e Austria (1931), fu sostanzialmente determinata dalla partecipazione dei membri americani, mentre in forza della dottrina di Monroe veniva fermamente esclusa una reciproca influenza della Lega sulle faccende americane. In America la Lega di Ginevra era assente. Ma diciotto Stati americani erano invece presenti a Ginevra. La potenza dominante nell'orbita americana, gli Stati Uniti, non era ufficialmente presente a Ginevra; ma poiché la dottrina di Monroe vi era riconosciuta e altri Stati americani vi erano presenti, di fatto non poteva essere del tutto assente.

Tale combinazione di assenza ufficiale e presenza effettiva spinse i giuristi che si attenevano al solo dato ufficiale ad abdicare apertamente di fronte a un grande problema. Del resto quella combinazione era tutt'altro che un evento accidentale di secondaria importanza. Non dipendeva inoltre dalle qualità personali del presidente Wilson o da analoghi motivi non centrali. La chiave per la sua comprensione sta nella separazione di politica ed economia, una separazione che fu sostenuta dagli Stati Uniti e riconosciuta dall'Europa. Questa separazione sembrava corrispondere alla celebre massima tradizionale: commercio quanto più possibile e politica quanto meno possibile. All'interno ciò significava il dominio sullo Stato da parte di un'economia libera dallo Stato e di una società anch'essa libera nello stesso senso. All'esterno ciò non comportava tanto una rinuncia alle barriere doganali, al protezionismo e all'autonomia economica (la politica commerciale degli Stati Uniti era piuttosto caratterizzata da una politica doganale altamente protezionistica), bensì un metodo indiretto di influenza politica, la cui connotazione più importante consisteva nell'assumere il libero commercio (libero nel senso di statualmente libero) e il libero mercato come stan-

dard costituzionali del diritto internazionale, in modo da scavalcare, mediante il ricorso al principio della porta aperta e della nazione più favorita, i confini politici territoriali. L'assenza ufficiale era dunque, alla luce della separazione tra politica ed economia, un'assenza *soltanto politica,* mentre la presenza non ufficiale era per contro una presenza straordinariamente effettiva, cioè economica e, se necessario, anche una forma di controllo politico. La separazione tra politica ed economia è stata fino ad oggi considerata da numerosi teorici francesi, inglesi e americani come l'ultima parola del progresso umano, come criterio dello Stato moderno e della civiltà in generale.[7] Ma in realtà essa era turbata dal primato di motivi economici e non faceva altro che aumentare il disordine provocato dal problema insoluto dell'ordinamento spaziale della terra. Questo intreccio inestricabile venne alla luce nel dibattito sui debiti *politici;* nel corso di esso apparve chiaro tra l'altro che il significato giuridico-internazionale proprio della formula *cujus regio, ejus religio* nei secoli XVI e XVII, si era ora trasferito nella formula *cujus regio, ejus oeconomia,* certo nelle nuove misure e dimensioni che il concetto di *regio* assume nell'epoca tecnico-industriale.

Lo sviluppo successivo del problema europeo dei debiti e delle riparazioni nel periodo tra il 1924 e il 1933 presenta nel nostro contesto numerosi altri esempi che non occorre però approfondire ulteriormente. La spoliticizzazione e commercializzazione del problema dei debiti negli accordi delle conferenze dell'Aja del 1929 e del 1930, il cosiddetto piano Young (1929), non mutò in nulla questo quadro complessivo, e non fece che confermarlo. Il piano Young bandiva, è vero, i controlli stranieri e con essi anche la figura sintomatica e simbolica di un *citizen of the United States* contitolare di funzioni di controllo; in cambio però dichiarava la Germania pienamente responsabile per il pagamento in valuta estera. Distingueva

anche, pur senza dirlo espressamente, tra i pagamenti tedeschi che andavano all'America e la somma da pagare incondizionatamente in divisa estera (per un totale di 660 milioni di marchi annui). Gli Stati Uniti non presero parte, almeno in via ufficiale, alle strutture della Banca per la compensazione internazionale di Basilea, costituita in relazione al piano Young. Ma erano ancora una volta presenti in essa in via non ufficiale nella persona di due banchieri privati americani, mentre i paesi europei vi erano rappresentati dai presidenti dei rispettivi istituti d'emissione. Si comprende da sé che nella situazione europea del tempo le questioni economiche più importanti del dopoguerra — le riparazioni e i debiti tra i paesi alleati — non potevano essere regolate senza gli Stati Uniti d'America. Che gli Stati Uniti, in base alla dottrina di Monroe, cercassero di evitare ogni intromissione nelle faccende politiche europee era spiegabile alla luce dell'importanza fondamentale di questa dottrina e per la forte tendenza all'isolamento. Ciò sembrava del resto corrispondere all'antica massima, già menzionata: commercio quanto più possibile, politica quanto meno possibile.

Ora, il *commercio* nel significato del XVIII secolo è qualcosa di diverso dall *'economia* dell'epoca dell'industrialismo e della tecnica moderna. Ma il primato effettivo dell'economico conferiva comunque agli Stati Uniti una grande superiorità, e la separazione del politico dall'economico rendeva possibili grandi vantaggi e benefici, anche se forse più apparenti che reali, dovuti a una politica che si manteneva libera sotto ogni profilo. Possedendo pienamente tali vantaggi, l'America potè guardare con grande superiorità alla controversia europea sullo *status quo* e sulla revisione dei confini territoriali, fino a che tale controversia rimase un fatto puramente economico e non diventò politica. Ma la separazione dell'economico dal politico si dimostrò presto precaria nella situazione reale

dell'Europa del tempo. Tutte le questioni economiche del dopoguerra, in particolare quella dei debiti tra gli alleati, avevano inevitabilmente e immediatamente un senso politico, e la superiorità dell'economico, nel caso degli Stati Uniti, era solo la manifestazione del fatto che il loro potere economico era arrivato a tal punto da convertirsi direttamente in potere politico. Così la loro assenza politica dovette avere l'effetto di un fattore d'insicurezza. Erano gli Stati Uniti d'America ad aver deciso nel 1914-18 la prima guerra mondiale, che secondo la concezione europea avrebbe dovuto essere ancora del tutto euro-centrica. Ancora gli Stati Uniti avevano assunto di fatto nel corso di numerose conferenze il ruolo di giudici arbitrali tra vincitori e vinti. Dai diversi metodi della loro prassi di partecipazione e di intervento tanto economica quanto politica era nata quella singolare combinazione di assenza e di presenza, in cui la presenza, proprio perché avrebbe dovuto essere solo economica, non era necessariamente meno effettiva e meno intensa, mentre l'assenza politica non ostacolava in alcun modo gli effetti politici di quella presenza solo economica.

La questione del rapporto tra la Lega di Ginevra e l'Europa, che abbiamo sollevato dal punto di vista dell'ordinamento spaziale, può ora trovare in qualche misura una risposta se dirigiamo nuovamente l'attenzione al problema territoriale. Le questioni territoriali erano viste dai giuristi come questioni *eo ipso* politiche e quindi non giuridiche.[8] Non erano però solo i giuristi a considerarle non giuridiche; anche gli economisti le consideravano non economiche e i commercialisti non commerciali. Potevano pertanto essere senz'altro bandite dall'ambito degli interessi ufficiali degli Stati Uniti. Malgrado ciò esse non erano neppure un affare esclusivo, un *domaine réservé,* degli Stati europei. Lo impediva la Lega di Ginevra, che non era europea, ma universalistica. Il suo universalismo, pe-

rò, consisteva essenzialmente solo in ciò: che le questioni europee non venivano risolte dall'Europa. Anche là dove la Lega doveva fungere da giudice arbitrale riguardo a problemi europei fondamentali, essa restava nell'ombra della potenza che dominava l'emisfero occidentale, e nel 1930 fu sufficiente che quest'ombra cadesse sull'Europa perché tutti i piani di un'Unione europea si trasformassero in parole vuote.

Gli effetti di questo caos spaziale erano tangibili. Fu generalmente sentito e discusso il problema dell'ordinamento spaziale dell'Europa. Ma come si sarebbe dovuto superare l'irrigidimento tra gli interessi favorevoli allo *status quo* e quelli contrari? Dove avrebbe potuto ancora trovare un asilo la ragione? E soprattutto, in quale giustizia ed equità potevano sperare i vinti? Questi ultimi non potevano appoggiarsi né alle grandi potenze europee del tempo, la Francia e l'Inghilterra, né alla Lega di Ginevra, né agli Stati Uniti d'America. La Francia, che al tempo era la potenza principale sul continente europeo, per la sua esigenza di sicurezza si era impigliata nella difesa di un rigido *status quo* dei confini territoriali del 1919. L'Inghilterra rimaneva *of Europe, not in Europe.* La stessa Lega di Ginevra, come abbiamo visto, non era in grado di costruire un ordinamento spaziale. Non consentì neppure di avere una chiara idea di uno *status quo* sicuro e, inoltre, con il riconoscimento della dottrina di Monroe, si sottomise alle idee di ordinamento spaziale che provenivano dall'emisfero occidentale e a cui mancava — come mostreremo — una forza ordinatrice interna per l'Europa. Infatti agli Stati Uniti d'America importava restare assenti politicamente, ed essi si attennero ufficialmente alla linea dell'isolamento dell'emisfero occidentale.

Questa linea non creò un nuovo nomos della terra, ma d'altra parte non lasciò neppure sussistere oltre il vecchio nomos del diritto internazionale europeo. Separando violente-

mente la politica e l'economia, in un'epoca di industrialismo assai intenso, essa finì per confondere il problema dell'ordinamento spaziale del diritto internazionale e le formule, per lungo tempo valide, *cujus regio, ejus oeconomia* e *cujus oeconomia, ejus regio.* Con tale linea si credeva di poter ridurre il politico alla facciata esteriore dei confini territoriali e di fare dell'economico un contenuto sostanziale in grado di travalicare i confini, ma non si potè impedire che al momento decisivo diventasse determinante per la situazione complessiva il raggruppamento politico secondo amico e nemico. La linea risultò insomma impotente di fronte agli sforzi per il monopolio globale della pace che potenze mondiali più forti, ad occidente e ad oriente, tentavano di imporre. La Lega ginevrina si sottomise sia al patto Kellogg americano del 1928, sia alle aspirazioni sovietiche del 1933 e del 1936, ovvero tanto alla rinuncia solenne alla guerra, quanto all'introduzione della guerra giusta mediante le definizioni di aggressione. La Lega cercò di adattare il proprio statuto a entrambi i tentativi. Ma sia a ovest, sia a est, guerra e pace la scavalcarono.

Note

1 « La Società delle Nazioni, nella seduta dell' 11 aprile 1919, ha prescelto con 12 voti su 18 come propria sede *Ginevra,* la città di Calvino e di Rousseau e sede della Croce Rossa Internazionale, il cui destino spirituale fu nel passato strettamente legato alle democrazie anglosassoni. Il desiderio del Belgio di vedere preferita la propria capitale quale sede della Società delle Nazioni cadde allorché il presidente Wilson chiese che la nuova istituzione fosse rappresentata in una città meno gravata dai ricordi della recente guerra » (Paul Gug-

genheim, *Der Völkerbund. Von seiner politischen und rechtlichen Wirklichkeit*, Leipzig, 1932, p. 21). Ma che Bruxelles non sarebbe stata una collocazione spirituale adeguata risulta anche dalle nostre riflessioni precedenti (p. 281).

2 Hauriou mostra che le istituzioni politiche diventano « Stato » solo quando si integrano in un mercato e quando lo sviluppo di tale mercato oltrepassa i confini della città-Stato e si fa territorio nazionale. Alla questione dello sviluppo successivo, nel quale noi ancor oggi siamo situati, egli risponde così: « L'idéal du commerce serait qu'il n'y eût qu'une seule institution politique et un seul marché; alors toutes les barrières artificielles seraient supprimées, tout serait simplifié, parce que tout serait unifié. A défaut de l'État universel qui est une chimère l'État fédéral est déjà une réalisation satisfaisante, parce qu'à l'intérieur de ses frontières, dans un espace généralement vaste, le commerce s'ébat en liberté ». Così Hauriou nei suoi *Principes de droit public,* cit., con riferimento a Colson, *Cours d'économie politique.*

3 Cfr. in particolare gli « Actes de l'Assemblée » (supplemento al «Journal officiel »), 1930, *Séances plénières.*

4 La cosa era già del tutto evidente nel 1925. Cfr. il mio saggio di quell'anno *Der status quo und der Friede,* nella rivista « Hochland », ottobre 1925, ristampato in *Positionen und Begrìffe,* cit., pp. 33-34.

5 *Le problème des changements pacifiques dans les Rélations Internationales* (« Xe Session de la Conférence permanente des Hautes Etudes Internationales », Paris, 28 giugno-3 luglio 1937), apparso poi presso le edizioni dell'Institut International de Coopération Intel-lectuelle, Société des Nations, Paris, 1938, con una relazione introduttiva di Maurice Bourquin particolarmente significativa sotto il profilo metodologico.

6 Nella nota del 5 agosto 1942 il governo inglese dichiarava, con riferimento a dichiarazioni precedenti, secondo le quali l'accordo di Monaco sarebbe stato stracciato dalla Germania, che la posizione giuridica del presidente e del governo della Repubblica cecoslovacca sarebbe stata identica a quella degli altri capi di Stato e governi alleati. Si trattava di un ritorno sintomatico allo *status quo ante* (cioè a prima di Monaco 1938). È perciò tanto più degno di nota il fatto che proprio sotto il profilo territoriale della questione si fosse giunti a una riserva che lasciava aperta la possibilità di mutamenti. Stando alle linee che furono poi tracciate durante la seconda guerra mondiale, a Yalta e a Mosca, la Cecoslovacchia veniva a ricadere nel grande spazio orientale.

7 Cfr. R.M. Maclver, *The Modem Stale,* Oxford, 1936, pp. 291-92, opera che reca il sottotitolo *Politicai Power and thè Economie Order.* L'autore rimanda a una affermazione inglese a cui assegna un rilievo talmente centrale che essa va qui citata in originale: « The expansion of England in thè Seventeenth Century was an expansion of society and not of State ». E quando nel secolo XVIII lo Stato volle esercitare una pressione sulla società che stava espandendosi in America sorse una federazione di nuovi Stati. Così George Unwin nell'introduzione al libro di Conrad Gill, *National Power and Prosperity,* London, 1916, apparso durante la prima guerra mondiale. L'analisi teorico-giuridica dell'*'èquilibre politico-économique* di gran lunga più significativa è quella di M. Hauriou nel cap. vii dei suoi *Principes de droit public,* Ia ediz., 1910, pp. 269 sgg.; cfr., nella 2ª ediz., 1916, pp. 303 e 343 sgg., sulla centralizzazione politica ed economica della nazione.

8 D. Schindler, *Die Schiedsgerìchlsbarkeit seit 1914 (Handbuch des Völkerrechts,* a cura di G.A. Walz, V, 3), Stuttgart, 1938, pp. 94 sgg.: « La giurisdizione, allorché si tratta di linee di confi-

ne, ovvero di aggiudicazione di territori, deve risolvere un compito non giuridico ».

4. *Il mutamento di significato della guerra*

La prima guerra mondiale iniziò nell'agosto 1914 come una guerra statale europea di vecchio stile. Le potenze belligeranti si consideravano reciprocamente quali Stati sovrani equiparati, i quali si riconoscevano in questa qualità ed erano *justi hostes* nel senso dello *jus publicum Europaeum*. Quello di *aggressione* non era ancora un concetto giuridico nel diritto internazionale del tempo. All'inizio stava ancora una dichiarazione formale di guerra, in conformità ai modi in cui nella terza convenzione dell'Aja del 1907 essa era stata regolata, quale previo annuncio della guerra, chiaro e motivato. La dichiarazione di guerra non era quindi un atto di aggressione, in senso incriminante o discriminante, ma al contrario un'azione corretta e l'espressione della guerra in forma, di cui abbiamo illustrato l'evoluzione in precedenza (p. 178). Questa dichiarazione di guerra si fondava sulla necessità di una forma giuridica e sull'idea che tra guerra e pace non si desse un terzo concetto. *Tertium non datur.* Essa doveva tracciare nell'interesse dei belligeranti e dei neutrali una chiara cesura tra due diversi status di diritto internazionale ed evitare quella condizione intermedia che oggi è conosciuta come guerra fredda.

Ma ben presto comparve la tendenza ad un mutamento di significato. Venne così fatta valere da parte belga la distinzione tra guerra giusta e guerra ingiusta, con richiamo alla vio-

lazione della neutralità del Belgio, al fine di contestare all'occupante tedesco, che per la durata di quattro anni aveva presidiato militarmente la maggior parte del territorio belga, la qualifica giuridi-co-internazionale di occupante.[1] Ma soprattutto i trattati di pace che misero fine a questa prima guerra mondiale contenevano una serie di particolarità, in cui già apparivano i segni decisivi di un mutamento di significato. Ciò vale in particolar modo per il trattato di Versailles, di cui dobbiamo porre in luce alcune di queste particolarità, trattandosi qui ancora di un'evoluzione europea. Per il medesimo motivo occorre sottoporre a un'analisi specifica il cosiddetto protocollo di Ginevra del 2 ottobre 1924, perché qui erano ancora delle potenze europee a svolgere il ruolo dominante.

a) *Il trattato di Versailles del 1919*

In due articoli del trattato di Versailles si trovano gli spunti più importanti per un nuovo concetto di guerra, divergente da quello del diritto internazionale europeo fino ad allora vigente: nell'art. 227, che pone sotto accusa il vecchio imperatore Guglielmo II, e nell'art. 231, il cosiddetto articolo sulle responsabilità di guerra. Entrambi si riferiscono, con la loro regolamentazione positiva, esclusivamente alla prima guerra mondiale del 1914-18. Tuttavia devono anche essere considerati come i sintomi di un mutamento nella concezione giuridico-internazionale della guerra, se non addirittura come un precedente in questo senso. All'art. 227 va accostato comparativamente, per ragioni riguardanti la storia della loro genesi, l'art. 228, benché quest'ultimo parli esclusivamente del crimine di guerra nel *vecchio* senso della parola, mentre l'art.

227 riguarda il nuovo tipo di guerra, che rappresenta già di per sé — in quanto tale — un crimine.

Con la parola « crimine di guerra » viene oggi designata una quantità di fattispecie diverse tra loro non solo esteriormente e nei dettagli, ma anche nella struttura giuridica. La differenza non è solo teorica. Essa assume subito un grande significato pratico, quando riguarda un'esecuzione giuridica e l'utilizzazione in un processo. Diventa allora importante la diversità giuridica della fattispecie, che investe tutti i punti qualificanti, tanto nelle questioni del diritto materiale — qual è la fattispecie del crimine? chi è l'autore? chi il complice e il favoreggiatore? — quanto nelle questioni procedurali — chi è l'accusatore? chi l'accusato? quali sono le parti? chi è il giudice e quale il tribunale, e in nome di chi deve essere emessa la sentenza?

a. 1) *La criminalità di guerra nel vecchio senso del termine (art. 228 del trattato di Versailles)*

La guerra tra Stati sovrani che si riconoscono reciprocamente e che esercitano il loro *jus belli* non può essere un crimine, meno che mai un crimine nel senso penalistico del termine. Fintanto che continua a valere il concetto di *justus hostis*, non si dà alcuna criminalizzazione della guerra interstatale. In questo stadio la parola « crimine di guerra » non può avere il senso di caratterizzare la guerra come un crimine. Non è quindi in gioco il crimine *della* guerra, che viene introdotto soltanto con il mutamento di senso, ma qualcosa di sostanzialmente diverso. Per il diritto internazionale europeo classico si intendono come crimini di guerra determinate azioni compiute *durante* la guerra, soprattutto da parte di appartenenti alla potenza armata di uno Stato belligerante. Si

tratta di offese contro il cosiddetto diritto di guerra, lo *jus in bello,* quali le violazioni dell'ordinamento della guerra terrestre dell'Aja, delle norme del diritto bellico marittimo, del diritto dei prigionieri di guerra, ecc. Queste norme presuppongono che la guerra sia lecita e giusta per entrambe le parti. Esse devono mutare sostanzialmente, qualora la guerra stessa divenga un fatto vietato o addirittura un crimine.

La delimitazione di questo vecchio tipo di crimine di guerra non presenta alcuna difficoltà di principio, perché le sue particolarità sono senz'altro riconoscibili. Quando si parla di *war crimes* prima del 1914, si intende solo questo tipo di delitti, da tempo noto e dibattuto nella legislazione penale e nelle istruzioni militari degli Stati belligeranti, oltre che nella letteratura del diritto internazionale. E questo in relazione tanto alle premesse quanto alle conseguenze giuridiche: rappresaglie, obbligo degli Stati al risarcimento dei danni, responsabilità penale dell'autore nei confronti del proprio Stato e di quello avversario. Si è spesso discusso, a proposito di questi delitti, anche del significato dell'ordine *[Befehl]* militare in quanto elemento giustificante o discriminante.[2]

Gli articoli 228-30 del trattato di Versailles (e l'art. 173 del trattato di Saint-Germain, e corrispondentemente gli altri trattati periferici parigini) riguardano questo tipo di crimini di guerra nel senso delle violazioni dello *jus in bello.* La regolamentazione di questi trattati contiene però, per un aspetto importante, un'innovazione rispetto al diritto internazionale riconosciuto, valido prima del 1914, ovvero l'obbligo per lo Stato vinto di consegnare allo Stato nemico i *propri* cittadini che fossero stati criminali di guerra. Viene così introdotto un serio mutamento fondamentale riguardante un istituto primario del diritto, l'*amnistia.* Fino a quel momento (1918) una clausola d'amnistia era normalmente immanente a ogni trattato di pace, sia in forma esplicita di accordo, sia in forma ta-

cita quale conseguenza derivante dall'essenza di una pace conclusa tra partner che si riconoscevano reciprocamente.[3] Ora, con la discriminazione del vinto, si rompeva con tutto ciò. Il mutamento di significato è inequivocabile. Si deve tuttavia osservare che, malgrado tale particolarità, negli articoli 228 e seguenti è mantenuta come base *contrattuale* la consegna dei propri cittadini. Restava anche salvaguardato il principio *nullum crimen sine lege,* sia in relazione ai presupposti di tali delitti (« acts in violation of the laws and customs of war »), sia in relazione alla pena e alla misura di essa (« punishments laid down by law »).[4]

a.2) *Guglielmo II criminale di guerra*

L'art. 227, che è rivolto contro il vecchio imperatore tedesco Guglielmo II, è compreso nella parte settima del trattato di Versailles, sotto il titolo *Penalties.* In questo caso la qualifica di un'azione come punibile è espressamente dichiarata già nell'intitolazione. La criminalizzazione è qui intenzionale.

Nella veste di *accusatori* compaiono tutte le potenze alleate e associate, non solo le cinque grandi potenze. Se il titolare dell'accusa sia ogni singola potenza, o più potenze, o tutte quante insieme, non viene detto. Ma è *mediante il trattato di pace* che esse pongono sotto pubblica accusa l'allora imperatore. Quest'ultimo è l'*unico* accusato, chiamato in causa personalmente con il proprio nome, Guglielmo II di Hohenzollern, già imperatore della Germania. L'imperatore rimase l'unico accusato di questo nuovo tipo di crimine internazionale anche quando il cancelliere imperiale Bethmann-Hollweg dichiarò pubblicamente nel 1919 di assumersi la piena responsabilità per tutti gli atti d'ufficio dell'imperatore avvenuti nel periodo del suo cancellierato (dal 1914 al 1917). Nessuno de-

gli accusatori tenne conto di questa dichiarazione del cancelliere imperiale, responsabile costituzionalmente. L'accusa per il nuovo crimine di guerra rimase limitata alla persona del capo dello Stato.

Quanto alla *fattispecie* del crimine, dalla quale era motivata l'accusa, l'art. 227 indica « la più grave violazione della moralità internazionale e della sacralità dei trattati » (« supreme offence against international morality and sanctity of treaties »). Inoltre il terzo capoverso dello stesso articolo detta al tribunale le seguenti direttive: farsi guidare dai motivi più nobili della politica internazionale (« by the highest motives of international policy »), dove va osservato che si parla di *international policy,* e non di *international law,* ben sapendo che il *law* fino ad allora vigente non conosceva il nuovo crimine. Il tribunale deve inoltre fare rispettare gli impegni solenni derivanti dagli accordi (*undertakings)* internazionali. Devono fungere da *tribunale* cinque giudici, ognuno dei quali nominato da una delle grandi potenze alleate e associate, che però qui non vengono designate come grandi potenze, ma sono nominate una per una.

Dal punto di vista della *procedura,* il trattato di pace stabilisce che all'accusato siano assicurate le garanzie essenziali del diritto alla difesa: « assuring him the guarantees essential to the right of defence ». Quanto alla *pena,* è detto che il tribunale dovrà irrogare la pena che riterrà adeguata: « the punishment which it considers should be imposed ».

A quel tempo, nel 1919, non era difficile criticare e confutare questo art. 227 tanto sotto il profilo del diritto internazionale vigente quanto sotto quello del diritto penale. Il diritto internazionale europeo non conosceva una giurisdizione internazionale di uno Stato su un altro Stato riconosciuto o sul capo riconosciuto di un altro Stato sovrano. *Par in parem non habet jurisdictionem.* Secondo la concezione dominante,

l'unico soggetto di diritto internazionale, anche nel caso di un delitto internazionale, era lo Stato in quanto tale. Il delitto internazionale non significava dunque affatto un crimine nel senso del diritto penale statale. La guerra veniva rigorosamente concepita come una relazione da Stato a Stato, e non tra individui o gruppi. A condurla, sotto il profilo del diritto internazionale, non erano i singoli uomini e neppure il capo di Stato personalmente, ma lo Stato in quanto tale. Il nemico era *justus hostis,* veniva distinto cioè dal criminale. Per quanto concerneva la fattispecie del nuovo crimine, nell'art. 227 essa era indicata in modo assai indeterminato. Le direttive dettate al tribunale facevano riferimento alla morale e alla politica, invece che esclusivamente al diritto. La pena era egualmente indeterminata e affidata completamente all'apprezzamento del giudice. Sembrava poi dato per scontato che il tribunale dovesse in ogni caso irrogare una pena, tanto che l'accusa finiva per predeterminare la decisione del giudice. Il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* veniva apertamente violato. Fu così che l'art. 227, che chiamava in causa una persona determinata, Guglielmo II, per una fattispecie tanto indeterminata e minacciava una pena egualmente indeterminata, conservò in sé la carica di odio tipica di un diritto eccezionale dichiaratamente personalizzato.

Si spiega così per quale motivo questo tentativo di criminalizzazione internazionale della guerra d'aggressione in Europa non ebbe alcun effetto duraturo sulla coscienza giuridica dei popoli e dei governi europei. L'intera questione del tentativo di portare Guglielmo II, il vecchio imperatore tedesco, di fronte a un tribunale internazionale per un crimine internazionale fu presto dimenticata dall'opinione pubblica europea. Già nel 1920 i governi inglese e francese avevano rinunciato a proseguire in questo tentativo.

Dal novembre 1918 Guglielmo II si era rifugiato in uno Stato neutrale, l'Olanda. Il governo olandese respinse la richiesta di estradizione dei governi inglese e francese qualificandola inammissibile dal punto di vista giuridico-internazionale con argomentazioni dello *jus publicum Europaeum* classico. I due governi non insistettero più. Si doveva così diffondere la convinzione, perlomeno in Europa, che il tentativo, contenuto nell'art. 227, di introdurre un nuovo tipo di crimine di guerra non solo fosse rimasto senza esito, ma valesse ormai quasi come un precedente in senso contrario.

Diverso fu invece l'atteggiamento nell'opinione pubblica degli Stati Uniti d'America. Nelle consultazioni avvenute in occasione delle conferenze parigine erano stati proprio alcuni delegati americani a qualificare con grande enfasi come illecita la guerra di aggressione. Naturalmente accanto a queste prese di posizione se ne contrapponevano altre egualmente risolute, di altri delegati americani, i quali sottolineavano che la guerra in quanto tale non costituiva per il diritto internazionale vigente una condotta illecita, non era un *illegal act.* La confusione era ancora più grande in quanto diversi punti di vista giuridici — la punizione di Guglielmo II, la punizione delle violazioni del diritto di guerra e il problema delle riparazioni — diedero modo di parlare dei crimini di guerra in un senso generale. Sull'art. 231 in particolare, l'articolo sulle responsabilità di guerra, torneremo in seguito (par. a.3) con alcune ulteriori considerazioni.

Sono anzitutto interessanti per noi le dichiarazioni della Commission des responsabilités des auteurs de la guerre. La commissione si occupò sia dell'art. 227, ovvero della punizione di Guglielmo II, sia dell'art. 228, ovvero della punizione dei summenzionati crimini di guerra nel vecchio significato del termine. Riguardo a questi ultimi i delegati americani, sotto la guida di Lansing, si contrapposero nettamente a

quelli inglesi e francesi, sostenendo che era inammissibile trattare sullo stesso piano il problema della punizione per le violazioni del diritto bellico e quello della punizione per le violazioni dei diritti dell'umanità. Si richiamarono al precedente di Henry Wirz, del 1865. Il caso riguardava un procedimento penale militare condotto da una commissione giudiziaria a Washington contro il comandante di un carcere degli Stati del Sud alla fine della guerra di secessione, che si era concluso nel novembre del 1865 con la condanna a morte dell'ufficiale e con la sua esecuzione. I delegati americani sottolinearono che per tali crimini di guerra, vale a dire per le violazioni dello *jus in bello* e per la loro punizione, doveva valere incrollabilmente il principio *nullum crimen sine lege*. Essi si richiamarono anche al precedente USA vs. Hudson (7 Cranch 32), dell'anno 1812, dove si affermava che perché una condanna sia ammissibile occorre che il fatto sia stato indicato come crimine dal potere legislativo dell'Unione e collegato a una pena, e inoltre che il potere legislativo abbia designato il tribunale competente. Finché dunque si trattava di crimini di guerra di vecchio tipo, i delegati americani rifiutavano il concetto di un nuovo crimine contro l'umanità. « I delegati americani » fu dichiarato in una di queste riunioni « non conoscono alcuna legge internazionale scritta e nessun trattato interstatale che trasformi la violazione delle leggi e degli usi di guerra in un crimine internazionale sottoposto al giudizio di un tribunale competente». E così proseguivano:

« Come i delegati americani hanno più volte osservato, la guerra è sempre stata per sua natura disumana e lo è tuttora. Ma le azioni conformi alle leggi e agli usi di guerra, nonostante la loro disumanità, non sono soggette a punizione da parte di una corte di giustizia. Un tribunale si occupa solo del diritto vigente, applica solo questo e lascia alla competenza di un giudice superiore le infrazioni contro la morale e i com-

portamenti in contrasto con i princìpi fondamentali dell'umanità. I delegati americani hanno la sensazione ben netta che non meriti alcuna attenzione il progetto di creare una corte internazionale per la giustizia penale; non esistono precedenti che la giustifichino ed essa non corrisponde agli usi dei popoli ».

Queste dichiarazioni non si riferiscono *in concreto* all'art. 227, ma all'art. 228. Esse non sono quindi utilizzabili immediatamente a proposito della questione della guerra di aggressione in quanto tale, ma solo per i crimini di guerra nel vecchio significato. Riguardo invece all'art. 227, furono proprio alcuni delegati americani a richiedere la condanna penale dei capi di Stato, e precisamente nel caso di guerra di aggressione in quanto crimine *morale* contro l'umanità. La concezione tipicamente americana dominante nella Commission des responsabilités des auteurs de la guerre emerge da un passo contenuto nel progetto del 12 marzo 1919, che definisce la guerra iniziata nell'agosto 1914 guerra ingiusta e di aggressione.[5] Segue un passo più lungo sulla responsabilità dei capi di Stato, che citiamo per esteso, data la sua importanza:

« I capi delle potenze centrali, animati dal desiderio di entrare in possesso del territorio e dei diritti sovrani di altre potenze, si sono gettati in una guerra di conquista, una guerra che per la sua estensione, per l'inutile annientamento di vite umane e di proprietà, per la spietata crudeltà e i dolori insopportabili arrecati, ha superato ogni guerra dell'età moderna. Le prove di questo crimine morale contro l'umanità sono convincenti e decisive. Trattenute dal rispetto per il diritto, che è inseparabile dal sentimento di giustizia, le nazioni che hanno sofferto così crudelmente non avevano però il potere di punire i colpevoli in modo adeguato con gli strumenti della legge. Ma i promotori di questa guerra vergognosa non

dovevano passare alla storia senza il marchio dell'infamia. Dovevano dunque comparire alla sbarra del tribunale dell'opinione pubblica mondiale per subire il giudizio dell'umanità nei confronti degli autori del più grande tra i crimini perpetrati contro il mondo ».

In queste dichiarazioni è espresso senza dubbio il distacco consapevole dalla concezione della guerra che era propria del diritto internazionale fino ad allora vigente. Si rinuncia all'idea fondamentale del diritto internazionale europeo interstatale, cioè alla dottrina dello *justus hostis*. Ma ancora non si parla di una criminalizzazione generale della guerra di aggressione, bensì soltanto di un crimine morale contro l'umanità, perpetrato solo dai capi di Stato delle potenze centrali e da nessun altro. Ai fini della valutazione dell'efficacia del precedente, va inoltre osservato che tali dichiarazioni, dovute a James Brown Scott e a Lansing, erano in realtà delle osservazioni interne al dibattito della commissione, originariamente non destinate all'opinione pubblica, e che esse risultavano contraddittorie rispetto alla posizione assunta da altri delegati americani, ad esempio a quella di John Foster Dulles, che tra poco citeremo, sul problema della responsabilità di guerra, la quale teneva esplicitamente fermo il vecchio concetto di guerra. Ma soprattutto, ai fini della valutazione dell'efficacia del precedente, può essere decisivo soltanto il trattato di pace definitivo, entrato poi effettivamente in vigore. Resta però il fatto che gli Stati Uniti nella loro decisione definitiva non accolsero proprio questa parte settima del trattato di Versailles, dedicata ai *Penalties*.

Come è noto, gli Stati Uniti d'America non ratificarono il trattato di Versailles, ma conclusero con la Germania uno speciale trattato di pace il 25 agosto 1921. Nell'art. 2 di questo trattato sono enumerate una per una quelle parti del trattato di Versailles, tra cui le parti quinta, sesta, settima, nona,

ecc., che presentavano diritti e vantaggi rivendicati anche dagli Stati Uniti. Manca la parte settima, vale a dire proprio quella parte che contiene gli articoli 227 e 228, relativi ai crimini di guerra. Questa, del tutto intenzionalmente, non venne fatta oggetto delle relazioni giuridico-internazionali tra Germania e Stati Uniti. Venne meno così per la Germania ogni effetto di precedente che altrimenti avrebbero forse esercitato quelle dichiarazioni dei delegati americani nella Commission des responsabilités des au-teurs de la guerre.

Naturalmente non si può trascurare qui l'esistenza di un'opinione pubblica ben diversamente orientata negli Stati Uniti, e largamente diffusa. Allora, verso la metà degli anni Venti, il quotato settimanale americano « The Literary Digest » aveva promosso un'inchiesta tra i giudici americani per appurare quale fosse la loro posizione sul procedimento penale contro Guglielmo II. Su 328 risposte, 106 erano per la pena di morte, 137 per la condanna all'esilio, 58 per la pena detentiva e solo 27 contrarie a una condanna. Il contrasto tra l'atteggiamento ufficiale da una parte e l'orientamento dell'opinione pubblica dall'altra non va dunque ignorato. Che cosa potesse significare un simile contrasto, a proposito della questione del *nullum crimen sine lege,* per il crimine giuridico-internazionale della seconda guerra mondiale, è un problema specifico che in questa sede non può che rimanere aperto.

a.3) *L'articolo sulle responsabilità di guerra nel trattato di Versailles*

L'art. 231 sulle responsabilità di guerra non si trova sotto il titolo *Penalties,* ma sotto quello *Reparations* ed è quindi impostato in una prospettiva più economica che giuridico-penale. Si tratta di pretese economiche e finanziarie avanzate dai

vincitori, che non sono riparazioni di guerra nel vecchio senso del termine, ma pretese formali di indennizzo in base alla responsabilità giuridica dei vinti. Non è qui necessario affrontare l'intero problema delle responsabilità di guerra, che notoriamente è stato fatto oggetto di un numero enorme di pubblicazioni di ogni genere. Le discussioni riguardavano principalmente il problema se le potenze centrali - come i membri dell'Intesa avevano sostenuto già nella nota del 10 gennaio 1917 — avessero condotto una guerra ingiusta d'aggressione e dovessero pertanto rispondere per tutti i danni illimitatamente, o se invece il fondamento giuridico della pretesa delle riparazioni non consistesse nel fatto che la Germania nell'autunno 1918 aveva accettato il programma di Wilson, in particolare la nota Lansing del 5 novembre 1918, e fosse quindi obbligata alle riparazioni soltanto in ragione di questa nota. I delegati francesi mossero perlopiù, su questo punto, da costruzioni di tipo civilistico. Rinviarono ad esempio al par. 823 del BGB tedesco, che stabiliva l'obbligo al risarcimento per le azioni illecite. Un giurista italiano motivò la responsabilità della Germania e dei suoi alleati facendo riferimento al par. 830 del BGB, come responsabilità per una *societas sceleris.* Questi sono esempi di costruzioni che si basano, secondo numerose varianti, sull'idea che la guerra condotta dalla Germania era stata una guerra ingiusta e di aggressione. Ma non si può dire che con ciò si fosse già pensato alla trasformazione della guerra di aggressione in un *international crime* nel senso giuri-dico-penalistico. L'accusa, rivolta alle potenze centrali nel loro insieme, di aver condotto una guerra di aggressione serviva ad aggravare l'entità del danno da riparare e ad escludere ogni limitazione, ad esempio nel caso della violazione della neutralità belga o del risarcimento dei danni subiti dalla popolazione civile.

Nel corso delle consultazioni da cui ebbe origine l'art. 231 fu proprio il rappresentante americano, John Foster Dulles, a sottolineare che la guerra in quanto tale, nel suo complesso, non era affatto, secondo il diritto internazionale vigente, un atto illegale. E' qui ancora riconoscibile il concetto giuridico europeo dello *justus hostis.*[6] Lo stesso presidente Wilson era un sostenitore della dottrina della guerra giusta. Ma le conseguenze giuridiche che egli traeva da questa sua posizione non erano univoche. Anche a proposito della questione della responsabilità morale della guerra, il suo punto di vista non era semplicemente penalistico. Nel suo discorso del 26 ottobre 1916 egli aveva ad esempio affermato:

« La guerra non **è** stata provocata da un unico fattore, ma in ultima analisi **è** l'intero sistema europeo ad avere su di sé la colpa maggiore per la guerra: il collegamento di alleanze e di intese, una rete complicata di intrighi e di spionaggi che aveva saldamente catturato nelle sue trame l'intera famiglia dei popoli ».

Il nesso tra guerra di aggressione e obbligo alle riparazioni non fu discusso soltanto nei lavori delle commissioni, ma anche — nel maggio del 1919 — in uno scambio di note tra la delegazione tedesca a Versailles e i governi alleati. Nella sua nota la delegazione tedesca protestò contro la riduzione della Germania a unica colpevole della guerra e si richiamò al fatto che l'obbligo tedesco di riparazione era fondato sull'accettazione della nota Lansing del 5 novembre 1918. La nota di risposta degli alleati mise in rilievo, per contro, il fatto che la nota Lansing conteneva la parola *aggression* e che con l'accettazione di essa la Germania aveva riconosciuto anche la propria responsabilità per la guerra mondiale. La parola *aggression* compariva effettivamente nella nota Lansing.

Anche qui, come già a proposito delle numerose accuse di responsabilità della guerra nella discussione sull'obbligo di ri-

parazione, si presentano le domande: siamo già di fronte a un completo mutamento di significato della guerra? Si è già compiuto il passaggio dal concetto politico di guerra del diritto internazionale interstatale europeo a una guerra discriminante, vale a dire giusta da una parte e ingiusta dall'altra? E può in questo contesto vedersi nel termine *aggression* il precedente della già perfetta criminalizzazione della guerra di aggressione? Se si parla di una colpa della Germania e questa colpa viene' identificata nell'aggressione, allora si può senz'altro pensare, in termini generali, che con ciò venga intesa anche una colpa penale, la cui fattispecie costituisce un crimine nel pieno significato penalistico del termine. Ma nel caso concreto erano in questione solo le riparazioni, ovvero prestazioni economiche e finanziarie della Germania, e non vere e proprie pene, come nella parte settima del trattato di Versailles. A Versailles non ci si era in alcun modo accordati per la creazione di un nuovo crimine internazionale. Non si era affatto voluto eliminare un concetto di guerra riconosciuto da due secoli, il quale determinava, con tutte le conseguenze per i belligeranti e per i neutrali, la struttura giuridica dell'intero diritto internazionale europeo fino a quel momento vigente. Se questa fosse stata l'intenzione, ci sarebbero volute altre dichiarazioni, tali da esprimere una criminalizzazione e non già una generica rilevazione di torto. Il passo or ora citato della nota Lansing faceva solo riferimento all'invasione tedesca del Belgio neutralizzato e alla questione dell'entità del risarcimento per i danni subiti dalla popolazione civile. Non si può desumere da ciò, al di là di questa dichiarazione di torto, l'intenzione di creare un nuovo concetto di guerra e un nuovo tipo di crimine internazionale.

L'intera questione delle responsabilità di guerra viene principalmente trattata, dopo il 1919, in connessione con la *questione delle riparazioni*. La consapevolezza della differenza

esistente tra la colpa penale di determinate persone e la responsabilità dello Stato, che dà luogo a conseguenze giuridiche solo economiche e finanziarie, era troppo ovvia per tutti i giuristi europei perché fosse introdotto già - con la semplice constatazione di un comportamento illecito determinante l'obbligo di risarcimento dei danni - un tipo compieta-mente nuovo di crimine internazionale nel significato penalistico del termine.

Se a Versailles l'intenzione fosse stata questa, il patto della Società delle Nazioni avrebbe dovuto almeno dichiarare in tutta ufficialità che la guerra di aggressione in quanto tale era un crimine penale. Ma ciò non era accaduto. Così fu subito paralizzato anche l'eventuale effetto di precedente che sarebbe potuto derivare dall'accertamento della responsabilità di guerra della Germania. I dubbi che si potevano ancora nutrire a questo proposito furono sciolti per la coscienza giuridica europea allorché gli Stati Uniti, malgrado la firma del presidente Wilson, si ritirarono dopo il 1919 da Versailles e si isolarono dalle questioni politiche europee. Nella pace separata conclusa con la Germania il 25 agosto 1921 fu intenzionalmente evitato, come si è già detto, ogni riferimento alla questione della responsabilità criminale.

b) *La tendenza alla criminalizzazione della guerra di aggressione nel protocollo di Ginevra del 1924*

I due decenni tra il 1919 e il 1939 videro il tentativo di fondare un nuovo ordinamento giuridico internazionale. Il presidente americano W. Wilson aveva compiuto nel corso della conferenza di pace di Parigi il tentativo più importante di pervenire a tale nuovo ordinamento, ma gli Stati Uniti

d'America si erano poi ritirati dall'Europa lasciando i popoli europei al loro destino politico. Il panorama che segue non intende fornire un quadro completo del caotico periodo di transizione che va dal 1919 al 1939, ma solo rispondere alla domanda se i tentativi di abolizione e di *outlawry* della guerra, che si verificarono in questo periodo, trasformano già il significato della guerra e sostituiscono la guerra del diritto internazionale interstatale europeo con l'azione contro un criminale nel senso del diritto penale.

Ogni uomo di Stato e ogni cittadino europeo sapeva che la questione dell'abolizione della guerra coincideva in realtà con quella del disarmo e della sicurezza. Egli poteva valutare le formulazioni giuridiche del problema dell'abolizione della guerra solo sulla base dei loro effetti pratici. I numerosi e controversi progetti a riguardo, con le loro sottili distinzioni, gli dovevano apparire come il prodotto della boria di sovranità dei molti Stati europei. Egli vedeva nelle difficili formulazioni giuridiche di compromesso altrettante manovre politiche dei governi in lotta per o contro la revisione del trattato di Versailles. La grande impressione che poteva esercitare su di lui la forte partecipazione di cittadini americani al trattato - ricordo nomi quali quelli di James Brown Scott, James T. Shotwell e Hunter Miller — fu cancellata dal fatto che il governo degli Stati Uniti d'America mantenne una severa politica di neutralità e addirittura di isolamento. Il contrasto tra l'opinione pubblica e la politica ufficiale degli Stati Uniti era impressionante.

In effetti il grande tentativo di criminalizzazione giuridico-internazionale della guerra terminò allora in una serie di difficili antitesi, incomprensibili per la coscienza giuridica dell'uomo della strada: il contrasto tra mentalità giuridica e mentalità politica, la differenza tra obbligo morale e obbligo giuridico, il contrasto tra problemi politici e problemi econo-

mici, e infine anche il contrasto tra presenza privata e assenza ufficiale, che era caratteristico delle relazioni tra gli Stati Uniti d'America e l'Europa in quest'epoca. L'esposizione che segue deve tenere d'occhio le particolari difficoltà che scaturiscono da queste molteplici antitesi.

b. 1) *Le origini del protocollo di Ginevra del 2 ottobre 1924*

Il patto della Lega di Ginevra del 1919 conteneva disposizioni per la prevenzione della guerra (artt. 10-17). Violatore della pace era quello Stato che faceva ricorso alla guerra (*resort to war)* senza avere prima rispettato una determinata procedura. Le sanzioni previste per tale violazione della pace consistevano in misure finanziarie, economiche e militari, messe in atto da parte degli altri membri (art. 16). Non si parlava di una criminalizzazione della guerra in quanto tale. L'idea dell'equiparazione di tutti gli Stati in base alla loro eguale sovranità era nel 1919 ancora troppo forte perché il patto di Ginevra potesse contenere un divieto giuridico-penale, anche solo implicito, della guerra. Vi potevano forse essere alcuni accenni che si sarebbero potuti utilizzare per un'interpretazione pratica in questo senso. Ma, come già si è detto, gli Stati Uniti d'America, la cui influenza si era imposta sulla conferenza parigina del 1919, si mantennero ufficialmente lontani dalla Lega.

Negli anni tra il 1920 e il 1924 furono fatti molti tentativi e proposte di rafforzare il sistema di prevenzione della guerra della Lega di Ginevra. Non si giunse tuttavia ad alcun accordo sul fatto che la guerra, o anche solo determinati tipi di guerra, dovesse essere vista come un crimine internazionale perpetrato da determinate persone e perseguibile penalmente. Per un giurista di formazione europea continentale era ov-

vio che il semplice uso della parola *crimine* non significava ancora per il diritto internazionale una criminalizzazione nel senso della formula *nullum crimen, nulla poena sine lege,* finché non fossero stati chiaramente definiti e delimitati la fattispecie concreta, l'autore, la pena e la giurisdizione.[7]

Malgrado ciò, nel protocollo di Ginevra del 2 ottobre 1924, dedicato alla regolamentazione pacifica delle controversie internazionali, si trova effettivamente una frase che definisce la guerra di aggressione come un crimine internazionale. Con ciò l'idea di guerra come crimine ha trovato per la prima volta in Europa una sua espressione tangibile. In precedenza vi erano stati progetti per un patto di garanzia e per un trattato di aiuto reciproco nei quali si era egualmente detto che l'aggressione, o la guerra di aggressione, era un crimine internazionale. Ma nessuno di questi progetti aveva dato luogo a un accordo internazionale. Neppure il protocollo di Ginevra entrò pienamente in vigore. Esso fu accolto a titolo di proposta nella quinta riunione d'assemblea della Società delle Nazioni, il 2 ottobre 1924. Lo sottoscrissero i seguenti Stati: Albania, Belgio, Brasile, Bulgaria, Cecoslovacchia, Cile, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Haiti, Jugoslavia, Lettonia, Liberia, Paraguay, Polonia, Portogallo, Spagna, Uruguay. Ma solo la Cecoslovacchia lo ratificò il 28 ottobre 1924. Esso fallì soprattutto a causa dell'opposizione inglese. La dichiarazione del governo inglese, rilasciata il 12 marzo 1925 da Sir Austen Chamberlain al Consiglio della Lega di Ginevra, costituisce un documento di notevole importanza, che sarà citato più avanti.

Il protocollo di Ginevra del 1924 nacque dall'iniziativa di un gruppo di cittadini americani. Portavoce di questo gruppo era James T. Shotwell, professore di storia alla Columbia University e membro della delegazione americana alla conferenza di pace di Parigi.[8] Il Consiglio della Lega di Ginevra

decise nella sua riunione del giugno 1924 una « action of unprecedented nature » inoltrando alla Lega, quale documento ufficiale, una relazione di questo gruppo, il cosiddetto progetto Shotwell. Accadeva così che un piccolo numero di *distinguished* privati americani esercitò un'influenza diretta su una risoluzione importante, benché gli stessi Stati Uniti non fossero membri della Lega e prendessero le distanze da tutte le questioni politiche dell'Europa, in una posizione di fondamentale isolazionismo. Il progetto Shotwell recava il titolo *Outlawry of Aggressive War* e dichiarava la guerra di aggressione *(aggressive war)* un crimine, ma nello stesso tempo indicava esclusivamente nello *Stato* l'autore di questo crimine.[9] Seguiva poi una definizione degli *acts of aggression* e delle sanzioni. Queste ultime non erano di tipo penale, ma principalmente economico. Ogni potenza firmataria poteva tuttavia anche ricorrere a misure concrete di coercizione contro lo Stato aggressore. Lo Stato colpevole doveva inoltre risarcire i danni che la sua aggressione aveva provocato agli altri Stati firmatari.

b.2) *Il contenuto del protocollo di Ginevra*

Anche il protocollo stesso di Ginevra dichiara crimine la guerra di aggressione. Ma definisce altresì solo lo *Stato* come aggressore e come l'autore del nuovo crimine internazionale, e rispetta la sovranità statale, ovvero l'ostacolo vero e proprio alla criminalizzazione della guerra nel senso giuridico penalistico. Le sanzioni previste sono di tipo economico, finanziario e militare, e sono rivolte esclusivamente allo Stato in quanto tale. Esse non contengono una parola che dica che determinati promotori della guerra, ad esempio il capo di Stato, i membri del governo o altre persone responsabili, sono da considerare come autori del nuovo crimine. Al contrario:

nell'art. 15, secondo capoverso, del protocollo di Ginevra si dice che lo *Stato*-aggressore, contro il quale sono rivolte le sanzioni, deve sopportare tutti i costi di tali sanzioni fino all'estremo limite delle sue capacità, ma che per il resto (grazie all'art. 10 del patto, che stabilisce una garanzia territoriale per tutti quanti i membri della Lega) esso non può essere danneggiato né nella sua integrità territoriale né nella sua indipendenza politica.[10] Un simile riguardo nei confronti dello Stato criminale aggressore e della sua indi-pendenza politica sarebbe certo apparso inconcepibile all'opinione pubblica americana. Risulta qui evidente quanto fosse ancora forte nei governi europei rappresentati a Ginevra il rispetto per l'autorità statale riconosciuta. Di fronte a tali sanzioni, che evitano di parlare di crimine penale, un giurista di diritto penale euro-peo-continentale non ravviserebbe alcuna esplicita criminalizzazione e nessun fondamento sufficiente per una condanna. Il crimine, con cui viene definita la guerra di aggressione, è allora un tipo particolare di delitto di diritto internazionale. Tutto ciò corrispondeva alla tendenza, tradizionale nel diritto internazionale europeo, a distinguere nel modo più rigoroso il delitto di diritto internazionale dal delitto di diritto penale statale. L'uso stesso della parola *crime* non avrebbe ancora dovuto significare una criminalizzazione nel senso del puro diritto penale statale. Di un possibile parallelo con la pirateria bisognerebbe parlare in altra sede. Ma in questo protocollo di Ginevra non si fa menzione di un'equiparazione tra l'aggressione o la guerra di aggressione e la pirateria.

b.3) *La fattispecie del nuovo crimine: atto di aggressione, guerra di aggressione, guerra ingiusta*

E' da ritenere che ampi settori dell'opinione pubblica degli Stati Uniti d'America considerassero che parlare di *outlawry* della guerra e di *crime* fosse sufficiente per una criminalizzazione, e ciò nel senso che i responsabili riconosciuti della guerra dovessero essere puniti penalmente. Ma non era stata ancora chiarita in modo univoco neppure la fattispecie concreta del nuovo crimine. Se si tengono presenti i complicati sforzi del protocollo di Ginevra del 1924 e della conferenza sul disarmo del 1932-34 appare chiaro fino a che punto i metodi dei giuristi europei continentali si distaccassero allora dalla mentalità tipica dell'opinione pubblica americana per quanto riguardava il problema dell'eliminazione della guerra. Questo profondo contrasto poteva essere risolto solo chiarendo la questione giuridica della fattispecie vera e propria del nuovo crimine internazionale. In tutti gli sforzi di *outlawry* della guerra si deve infatti distinguere attentamente se il discorso verte sulla *guerra di aggressione* in quanto guerra nel suo insieme (nel qual caso si pone la questione se le successive forme di evoluzione della guerra, guerre di coalizione, ecc. costituiscano un tutto unitario), o se invece si intende *l'aggressione* in quanto fattispecie distinta dall'eventuale guerra che ne può seguire. Sparare il primo colpo o oltrepassare per primi i confini non coincide evidentemente con l'essere gli autori della guerra nel suo complesso. Il crimine della guerra, il crimine dell'aggressione, il crimine della guerra di aggressione e infine il crimine della guerra ingiusta sono ovviamente crimini diversi relativi a fattispecie concrete del tutto diverse. Ma per una condanna della guerra nel suo complesso essi si confondevano e a un largo settore dell'opinione pubblica la loro distinzione appariva un artificio giuridico.

La distinzione tra guerra di aggressione e atto di aggressione è però solo a prima vista artificiosa e formalistica. Non appena viene posta la questione di definire in che cosa propria-

mente consistano le azioni di coloro che vengono puniti come criminali, appare subito necessaria una certa precisazione giuridica. Su un piano giuridico la distinzione non è difficile da comprendersi ed è in fondo addirittura indispensabile. Ogni guerra, anche la guerra di aggressione, è normalmente, in quanto guerra, un processo bilaterale, una lotta da entrambe le parti. L'aggressione, invece, è un atto unilaterale. La questione della liceità o dell'illiceità della guerra, anche di una guerra di aggressione, significa qualcosa di completamente diverso dalla questione della giustizia o dell'ingiustizia di un determina-to atto di aggressione, sia che questo atto conduca poi a una guerra, sia che venga bloccato in tempo. Attacco o difesa non sono concetti assoluti, morali, ma eventi legati a situazioni concrete.

Questo stato di cose viene però spesso occultato dal fatto che nell'uso linguistico inglese con la parola *aggressor* si intende l'*autore di una violazione,* identico all'*offender.* Così ad esempio nei *Blackstone's Commentaries of the Laws of England* si dice: « And indeed, as the public crime is not otherwise revenged than by forfeiture of life and property, it is impossible afterwards to make any reparation for the private wrong; which can only be had from the body of goods of the aggressor ». Lo stesso in francese: « Attaque est l'acte, le fait; agression est l'acte, le fait considéré moralement et pour savoir à qui est le premier tort». Questa la definizione del celebre *Dictionnaire de la langue française* di Littré. Nonostante ciò, « attacco » e « difesa » possono essere semplici metodi che variano a seconda delle situazioni. In tutti i grandi scontri bellici è ora una parte, ora l'altra, a trovarsi sulla difensiva o sull'offensiva. Chi ha sparato il primo colpo o chi per primo ha oltrepassato i confini, vale a dire chi in un determinato momento dello scontro appare come l'aggressore non resta perciò necessariamente tale per tutta la durata del conflitto. Non è detto, come già abbia-

mo indicato, che egli sia anche nel quadro complessivo della controversia l'autore, il responsabile o il colpevole, e che abbia sempre torto. Così come non è detto che chi in un determinato momento e in una determinata situazione sia stato costretto alla difensiva debba per questo avere sempre e interamente ragione.

Dovevamo richiamarci al significato linguistico dei termini « attacco » e « difesa », perché il divieto di aggressione indica qualcosa di completamente diverso dal divieto della guerra di aggressione. Abbiamo sopra ricordato (pp. 128 sgg.) che originariamente, nel secolo XIX, si parlava del crimine dell'aggressione come di un *crime de l'attaque* (non *de l'agression),* col che la fattispecie giuridica è più chiara che in tedesco, in cui il termine *Angriff* possiede tanto il significato (svalutativo) di *agression,* quanto quello di categoria *avalutativa* di *attaque o attack.* Naturalmente entrambi i comportamenti sono illeciti, quando sono vietati. Nonostante ciò il crimine del primo colpo sparato rimane qualcosa di completamente diverso dal crimine della guerra, mentre il crimine della guerra di aggressione rimane a sua volta qualcosa di diverso da quello della guerra ingiusta. Quando si dice che la guerra deve essere vietata giuridicamente, si intende ovviamente solo la guerra ingiusta. Il divieto della guerra di aggressione non è semplicemente un caso del divieto della guerra ingiusta. Vi sono infatti anche guerre di aggressione giuste, come ha sempre sottolineato la dottrina tradizionale della guerra giusta (cfr., sopra, p. 95). Resta in piedi, in particolare, la riserva del diritto all'autodifesa, e con essa la riserva di una certa decisione sui mezzi necessari all'autodifesa, così che può risultare pratico persino il vecchio detto secondo cui la migliore difesa è l'attacco. La questione della giustizia di una guerra non può essere sostanzialmente sostituita dalla questione della *justa*

causa, ovvero dei motivi della guerra e del contesto della politica estera nel suo complesso.

Ogni sforzo di pervenire all'abolizione della guerra si è immediatamente scontrato con l'insieme di tre grandi problemi reali, più politici che giuridici, se proprio si vuole distinguere tra giuridico e politico: la sicurezza, il disarmo e il *peaceful change*. Con riferimento a questi problemi reali, ovvero alla questione della *justa causa*, il governo inglese respinse il protocollo di Ginevra dell'ottobre 1924, facendolo così cadere. Nell'ampia dichiarazione di governo, che già sopra abbiamo citato, rilasciata da Sir Austen Chamberlain alla Società delle Nazioni di Ginevra il 12 marzo 1925, questo è detto con tutta chiarezza.[11]

La questione della giustizia o dell'ingiustizia di una guerra, nella sostanza e nel contesto più profondo delle responsabilità di guerra, porta naturalmente a difficili discussioni storiche, politiche, sociologiche e morali, di cui non si può stare ad attendere la fine se si vuole pervenire a un risultato pratico. Invece, la questione della giustizia o dell'ingiustizia del singolo atto d'attacco è più facilmente risolvibile, almeno quando si riesce — astraendo dai problemi più impegnativi della colpa — a isolare l'atto d'attacco rappresentandolo in una fattispecie giuridica, determinandolo quindi esattamente e vietandolo in quanto tale.

Gli sforzi decennali per ottenere una definizione giuridicamente utilizzabile dell'aggressione e dell'aggressore si spiegano a partire da questa maggiore determinabilità dell'atto di attacco, e non già a partire da tendenze formalistiche. Si cercava di fissare con precisione, in maniera il più possibile chiara e semplice, i concetti di aggressione e di aggressore; così ad esempio doveva essere aggressore colui che per primo passava all'uso della forza militare, oppure colui che per primo non rispettava l'inviolabilità territoriale dell'avversario, o

ancora, che aveva dichiarato guerra senza attenersi a certi termini o a certe procedure. L'ideale sarebbe stato quello di trovare un criterio semplice che si lasciasse agevolmente applicare alla fattispecie concreta, in modo da rendere chiaro — per quanto possibile *ipso facto* — chi è l'aggressore, senza dover procedere all'analisi di complicate e spesso indistricabili situazioni di politica estera. Limitarsi all'atto di attacco è dunque opportuno e perfino necessario, proprio per evitare la difficile questione della *justa causa,* ovvero della guerra giusta nella sostanza e delle responsabilità di guerra.

La particolarità e peculiarità di questo metodo, sostenuto in special modo da giuristi francesi, consiste quindi nel fatto che, senza riguardo per le ragioni in base alle quali uno *status quo* esteriormente pacificato può essere considerato giusto o ingiusto, viene con ciò messa in moto una procedura ordinata che consente l'inizio di un successivo procedimento, utilizzabile in termini giuridici. L'aspetto esteriore e formalistico di questo metodo viene accettato pur di riuscire ad arrestare al più presto possibile l'atto di aggressione e l'impiego della violenza, nonché di impedire lo scoppio della guerra stessa. Si tratta, in altre parole, di una tutela provvisoria del possesso, di un *interdictum uti possidetis.* Lo stato momentaneo del possesso viene protetto giuridicamente, senza badare al fatto se esso sia nella sostanza giusto o ingiusto, e quindi senza considerare se l'aggressore disponga forse di un buon diritto o abbia invece solo pretese morali di cambiare la situazione del momento.

Già nell'art. 10 del patto di Ginevra i membri della Lega si erano accordati per una difesa contro tale *aggression.* Ciò doveva naturalmente servire al fine ultimo della prevenzione della guerra, ma la fattispecie concreta dell *'aggressione* era distinta abbastanza chiaramente da quella di una *guerra.* Nel già citato art. 16 del patto era stabilito che i membri della Lega

avrebbero colpito con sanzioni economiche, finanziarie e militari il membro che avesse fatto ricorso alla guerra, *resort to war.* Qui compare la parola *guerra,* e non *aggressione,* ma fu subito chiaro che la parola « guerra » non significava qui guerra, ma aggressione, poiché lo scopo era proprio quello di evitare la guerra e di arrestare l'aggressione prima di giungere alla guerra. Già per questo, sul piano giuridico, l'aggressione doveva risultare separata, in quanto fattispecie autonoma, dalla guerra, poiché l'obbligo alle sanzioni e all'assistenza che derivava dai trattati doveva scattare già in seguito all'aggressione, senza dover attendere la guerra. Specialmente dopo il patto di Locamo del 1925 e dopo i numerosi patti sull'aggressione, conclusi nel frattempo anche da Stati che non erano allora membri della Lega, come l'Unione Sovietica, la consapevolezza della particolarità giuridica dell'*atto* di aggressione rispetto alla *guerra* di aggressione fu recepita almeno dai diplomatici e dai giuristi. Nel corso della conferenza sul disarmo del 1932-34 le discussioni sulla definizione dell'aggressione e dell'aggressore si acuirono e approfondirono straordinariamente con la relazione del delegato greco Politis e con il progetto di dichiarazione sovietico, esposto dal commissario agli Esteri Litvinov. Ma il nucleo giuridico della questione restò sempre lo stesso.

Si tratta di cose che sono ben note a ogni giurista di diritto internazionale, ma che sono perlopiù ignote ed estranee a vasti settori dell'opinione pubblica. Mi sembra quindi necessario ricordare il significato pratico di questa distinzione tra aggressione e guerra di aggressione, poiché qui compare anche la profonda differenza che sussiste tra una mentalità puramente giuridica e una mentalità puramente morale. Non si deve soprattutto trascurare il fatto che il divieto dell'atto di aggressione, con i suoi numerosi e particolareggiati compromessi, doveva di fatto servire a prevenire una guerra ingiusta,

però in un primo momento *faceva* volutamente *astrazione dalla justa causa*, dalla considerazione della giustizia della guerra stessa. Uno dei primi e più illustri sostenitori della regolamentazione pacifica di tutte le controversie internazionali, Lord Robert Cecil, autore di un importante progetto di trattato di garanzia (1923), aveva formulato con grande chiarezza questa differenza. Egli illustrò la necessità di una rapida e semplice determinazione di chi fosse l'aggressore. L'aggressore doveva essere stabilito dal Consiglio della Lega di Ginevra con la maggioranza di tre quarti dei voti. Il trattato di garanzia che si sarebbe dovuto concludere, doveva definire aggressore colui che avesse violato intenzionalmente e premeditatamente il territorio altrui. Lord Cecil, celebre sostenitore inglese della causa della pace, sottolineava poi con forza che non si trattava di appurare da quale parte stesse la ragione, ma solo di sapere chi avesse intrapreso la prima azione ostile.[12]

Un giurista comprenderà facilmente che in tal modo si separa completamente e deliberatamente la precisa definizione dell'aggressione dalla questione della guerra giusta nella sostanza. La differenza tra un *possessorium* e un *petitorium* è da secoli usuale nella mentalità giuridica di popoli civilizzati. Lo stesso vale per la separazione tra un procedimento giuridico cosiddetto a-stratto o formale e la sua *causa*. Un giurista farà tanta più attenzione a tali distinzioni se mira a precisare una fattispecie che ha come conseguenza non solo sanzioni economiche e militari contro uno Stato in quanto tale, ma condanne penali contro determinate persone, se dunque si tratta di una vera e propria criminalizzazione nella quale va osservato il principio *nullum crimen* e il *due process of law*. Tuttavia il grande problema della guerra non coinvolge soltanto i giuristi, ma anche larghi settori dell'opinione pubblica e grandi masse, che vedono nell'astrazione giuridica dalla *justa causa*

un formalismo artificioso o addirittura una deviazione sofistica da quello che è il compito vero e proprio. Una simile astrazione è difficile da capire quasi quanto l'idea di uno *justus hostis,* ovvero di un nemico che può anche avere ragione. D'altra parte tutto ciò presuppone l'esistenza di una *giustizia [Justiz]* internazionale affidabile, che non è ancora data, la quale garantisca alla giusta causa un rapido trionfo anche nei confronti della tutela provvisoria del possesso. Senza l'immediata istituzione di tribunali internazionali imparziali, il vecchio principio secondo cui la miglior difesa è l'attacco si capovolgerebbe altrimenti nel nuovo, secondo cui proprio la difesa può essere il migliore e il più efficace degli attacchi.

Il dilemma tra una mentalità giuridica e una mentalità politica si mostra qui in modo particolarmente arduo e pericoloso. Da un lato è necessaria la precisazione giuridica, posto che il fine di una criminalizzazione della guerra debba essere realmente conseguito, dall'altro lato l'esigenza (fortemente sentita proprio dalle masse) di stabilire oggettivamente il giusto e l'in-giusto, oltre che le responsabilità della guerra, passa in secondo piano e in tali definizioni dell'aggressore restano deliberatamente fuori dell'attenzione le cause più profonde della guerra, quali ad esempio il riarmo generale e la mancanza di sicurezza. Il dilemma tra il trattamento giuridico-formale del divieto della guerra — come quello corrispondente al protocollo di Ginevra del 1924 — e una soluzione oggettiva, politica e morale del grande problema delle cause della guerra — quali il riarmo e la sicurezza — divenne sempre più forte. Applicato poi a un problema talmente enorme come quello di una guerra condotta con moderni mezzi di annientamento, crebbe fino a diventare un vero incubo. Di fronte a un simile dilemma l'uomo semplice, posto nella caotica situazione europea degli anni tra il 1919 e il 1939, aveva la sensazione che il divieto della guerra e la trasformazione di

essa in crimine erano legati a difficili riserve giuridiche, ma che ciò non significava la semplice ed elementare eliminazione del pericolo della guerra. Questa è la grande esperienza che tutti i popoli europei, revisionisti e antirevisionisti, fecero nel periodo tra il 1919 e il 1939. Su questo punto fallirono tutti gli sforzi del protocollo di Ginevra.

La già menzionata dichiarazione ufficiale del governo inglese del 12 marzo 1925, la quale aveva fatto cadere il protocollo di Ginevra, esprime apertamente questa difficoltà e questo dilemma. Essa fa notare in particolare che con queste definizioni « sulla carta » dell'aggressore non si può distinguere se azioni militari servano o meno a uno scopo di difesa.[13] In questa dichiarazione del governo inglese si dice poi che tali definizioni formali dell'aggressione e dell'aggressore non valgono ad accelerare, anzi, impediscono la soluzione del problema vero e proprio, che è quello delle cause della guerra, e il disarmo, poiché esse rendono necessari dei preparativi per la lotta contro un eventuale aggressore e, a motivo dell'obbligo di assistenza, si innesca un'estensione della guerra — cosa che diventa pericolosa, specialmente quando l'assistenza è prestata contro Stati che non sono membri della Lega delle Nazioni e la cui forza di opposizione economica non è di poco conto.[14]

Il protocollo di Ginevra, con il suo ideale di un divieto automatico dell'aggressione, non poteva non partire dallo *status quo* territoriale del tempo e imbattersi quindi nell'accesa controversia tra revisionismo e antirevisionismo. Per evitare questo, furono proprio alcuni pacifisti inglesi a sforzarsi di porre al centro della discussione il problema di un mutamento pacifico, di un *peaceful change,* in modo tale da ottenere — grazie all'eliminazione dei motivi di guerra - un impedimento della guerra di tipo non solo giuridico-formale, ma anche politico-oggettivo. L'impressione generale, dominante al-

meno in Europa, che provocarono quei tentativi formali del patto di Ginevra è espressa nella nota frase secondo cui tali definizioni formali dell'aggressione e dell'aggressore diventano « un'insidia per gli innocenti e una guida per i colpevoli ».[15] In questo detto spesso citato trova espressione il dilemma profondo che sussiste tra gli sforzi del diritto tesi a ottenere il divieto giuridico dell'aggressione e le pretese morali di una immediata eliminazione della guerra.

Il protocollo di Ginevra del 1924 fallì perché non rispose, né volle rispondere, ai problemi reali che stavano dietro alla questione della guerra giusta. L'impressione che questo insuccesso fece sui popoli e sui governi europei, e specialmente l'impressione che fece la dichiarazione del governo inglese del 12 marzo 1925, fu assai grande. Ciò impedì che si potesse consolidare in Europa la convinzione giuridica della nascita di un nuovo crimine internazionale. I fautori americani di una *outlawry of war* non si lasciarono tuttavia turbare dall'insuccesso e nel 1928 ottennero col patto Kellogg una *condemnation* ufficiale, una condanna della guerra come mezzo della politica nazionale.

Con il patto Kellogg del 1928 mutò l'aspetto mondiale del diritto internazionale. Ciò è più importante di ogni singolarità normativa o di ogni formulazione presente in questo patto, più importante dell'interpretazione della condanna della guerra (*to condemn the war)* che esso esprimeva, e più importante anche dell'interpretazione delle numerose riserve, espresse e tacite, in esso contenute. Ora entrava in scena l'emisfero occidentale e determinava l'ulteriore mutamento di significato della guerra. Tutti i tentativi di porre in sintonia la condanna della guerra, che era espressa dal patto Kellogg, con lo statuto della Lega di Ginevra e con il protocollo di Ginevra restarono senza risultato. Ma contemporaneamente si inserì da est, nel determinare il mutamento di significato,

l'Unione Sovietica. Già nel corso della conferenza sul disarmo e delle convenzioni di Londra del luglio 1933 essa aveva avuto il ruolo di paese-guida nelle questioni relative alla definizione dell'aggressione e dell'aggressore. In questo modo le forze che stavano scardinando il concetto di guerra del diritto internazionale europeo scavalcarono da ovest e da est gli Stati europei, diventati insicuri. Est e Ovest si incontrarono infine in occasione dello statuto di Londra dell'8 agosto 1945, unificando là per un attimo i loro punti di vista. La criminalizzazione prese allora il suo corso.

A questo punto interrompiamo la nostra trattazione. Resta ora solo da completare in alcune direzioni l'analisi del quadro globale dalla parte dell'Occidente.

Note

1 Così C. de Visscher, nella sua conferenza del 28 luglio 1916 *De la belligérance dans ses rapports avec la violation de la neutralité* (« Grotius Society », II, p. 102): « Cette égalité juridique, qui existe entre belligérants ordinaires dans le cas de guerre régulière, se trouve exclue ici en raison du caractère injuste de l'agression ».

2 La tipica esposizione manualistica di tali questioni, con indicazioni bibliografiche, si trova nel volume di J.L. Kunz, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht,* Wien, 1935, pp. 35 sgg.; un particolare approfondimento monografico è contenuto nello scritto di A. Verdross, *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten*, Berlin, 1920.

3 Cfr. W.E. Hall, *International Law,* 8ª ediz., a cura di Pearce Higgins, Oxford, 1924, p. 677; Oppenheim-Lauterpacht, *In-*

ternational Law, 6a ediz., 1940, p. 476 (che cita Versailles come espressa eccezione); Bonfils-Fauchille, par. 1700; voce «Amnestie» di A. Verdross, in Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts,* vol. I, p. 34; Grozio, *De jure belli ac pacis,* III, 20, par. 17.

4 La vicenda ulteriore relativa alla punizione dei criminali di guerra tedeschi della prima guerra mondiale, in particolare l'ultimo processo di fronte al tribunale di Lipsia, è stata spesso esposta negli ultimi anni e può essere data quindi per nota.

5 « Le droit moral de faire la guerre existe seulement lorsqu'il y a nécessité impérieuse d'employer la force pour la protection de la vie nationale, le maintien du droit national ou la défense de la liberté et de l'humanité. La guerre inspirée par tout autre motif est arbitraire, inutile et s'accomplie en violation de la morale et de la justice internationale. Elle ne peut être justifiée. Jugée d'après ce critérium, la guerre commencée en 1914 était injuste et inadmissible. Ce fut une guerre d'agression ».

6 « Reparation would not be due for all damage caused by the war unless the war in its totality were an illegal act. This is by no means a conclusion which can be assumed in view of the fact that International Law (see in particular the Hague Conventions) recognize the right of a nation, in the absence of a treaty engagement to the contrary, to declare and prosecute, in certain defined ways, war against an other nation.

« Further in the conditions of peace laid down in his address to Congress of January the eight 1918 the President declared that the invaded territories must be restored as well evacuated and freed. The Allied Governments feel that no doubt ought to be allowed to exist as to what this provision implies. By it they understand that compensation will be made by Germany for all damage done to the civilian popula-

tion of the Allied and their property *by the aggression of Germany* by land, by sea, and from the air ».

7 A ciò aveva già accennato espressamente Donnedieu de Vabres; cfr. la conferenza tenuta dal professor Unden alla Scuola superiore di politica di Berlino il 31 gennaio 1930 (« Scritti della Fondazione Carnegie », bollettino 6, Parigi, 1930, p. 24).

8 Un cenno particolare deve essere fatto alla figura di James T. Shotwell, la cui conferenza alla Scuola superiore di politica di Berlino del marzo 1927 è stata giustamente definita il primo atto preparatorio europeo del patto Kellogg. Questa conferenza (apparsa nel quaderno n. 8 della collana Politische Wissenschaft, Berlin-Grunewald, 1929) è di grandissima importanza, poiché delinea l'orizzonte della filosofia della storia in cui si situa il mutamento di significato della guerra. Shotwell considera la guerra come un fenomeno proprio dello stadio *pre*-scientifico e *pre*-industriale della storia umana. In questo stadio tutto sarebbe avvenuto ancora nella prospettiva statica prevedibile, ciclica, del susseguirsi naturale delle stagioni. Il tempo presente, dominato dalla scienza e dall'industria, sarebbe invece imprevedibile e dinamico, così che la guerra non potrebbe essere più controllata. Perciò essa deve essere bandita e sostituita con una giurisdizione internazionale. In ogni caso di azione contro un aggressore dovrebbe essere contemporaneamente attivata una corte internazionale di giustizia con il compito di sopraintendere all'azione stessa.

9 Art. 1 : « The High Contracting Parties solemnly declare that aggressive war is an international crime. They severally undertake not to be guilty of its commission ». Art. 2: « A *State* engaging in war for other that purposes of defence *commits the international crime* described in art. 1 ». Art. 3: « The Permanent Court of International Justice shall have jurisdiction on the complaint of any signatory, to make a judgement

to the effect that the international crime described in art. 1 has or has not in any given case been committed ».

10. « Toutefois, vu l'article 10 du Pacte, il ne pourra, comme suite à l'application des sanctions visées au présent Protocole, être porté atteinte en aucun cas à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'État agresseur ».

11 « The brooding fears that keep huge armaments in being have little relation to the ordinary misunderstandings inseparable from international (as from social) life, misunderstandings with which the League is so admirably fitted to deal. They spring from deeplying causes of hostility, which for historic or other reasons divide great and powerful States. These fears may be groundless; but if they exist they cannot be effectually laid by even the most perfect method of dealing with particular disputes by the machinery of enquiry and arbitration. For what is feared in such cases is not injustice but war — war deliberately undertaken for purpose of conquest or revenge ».

12 « La question à trancher par le Conseil n'est pas de savoir où est le bon droit dans le litige, mais de savoir qui a commis le premier acte de hostilité. Le traité spécifiera à cet effet que tout Etat qui violerà de propos délibéré le territoire d'un autre Etat sera considéré comme l'agresseur ».

13 « It may be desirable to add that, besides the obvious objections to those clauses already indicated, their great obscurity and the inherent impossibility of distinguishing, in any paper definition, military movements genuinely intended for defence, and only for defence, from movements with some ulterior aggressive purpose, must always make them a danger to the unwary rather than a protection to the innocent. They could never be accepted as they stand ».

14 Il problema della connessione tra l'obbligo di soccorso e la *justa causa* della guerra giusta è molto antico (cfr., sopra, p. 106 nota, lo *jus protectionis sociorum* come *Justus titulus* in Vitoria). In relazione alla dichiarazione citata nel testo, si ricordi un'affermazione di Cicerone che viene spesso citata. Il grande oratore ha sostenuto con tutta serietà che i Romani avevano condotto solamente guerre giuste. Nel dire questo egli vedeva nel soccorso degli alleati un motivo di guerra giusta. Non è difficile dimostrare in tal modo che i Romani hanno condotto solo guerre giuste.

15 La formula è tratta da un discorso di Sir Austen Chamberlain alla Camera dei Comuni del 24 novembre 1927. Questa la frase decisiva: « I therefore remain opposed to this attempt to define the aggressor, because I believe that it will be a trap for the innocent and a sign-post for the guilty ».

5. *L'emisfero occidentale*

Con la linea dell'emisfero occidentale, una nuova linea globale non più eurocentrica ma, al contrario, tale da porre in questione la vecchia Europa fu contrapposta alle linee eurocentriche dell'immagine globale del mondo. Sul piano del diritto internazionale, la storia di questa nuova linea inizia apertamente solo con la proclamazione della cosiddetta dottrina Monroe nel dicembre del 1823.

1. Nel testamento politico del presidente Washington — la celebre lettera di commiato del 1796 — non si parla ancora di emisfero occidentale in modo geograficamente determinato. Nel messaggio del presidente Monroe del 2 dicembre 1823 il termine *emisfero* è usato invece in modo del tutto consapevole e con un risalto specifico. Monroe chiama il proprio spazio « America », o « questo continente », o « questo emisfero » *(this hemisphere)*. Intenzionalmente o meno, l'espressione *emisfero* si connette col fatto che il sistema politico dell'emisfero occidentale viene contrapposto in quanto regime della libertà al diverso sistema politico delle monarchie assolute europee del tempo. La dottrina Monroe e l'emisfero occidentale compaiono da allora insieme, designando l'ambito degli *special interests* degli Stati Uniti.[1] Viene così designato uno spazio che va largamente oltre il *territorio statale,* un grande spazio nel senso giuridico-internazionale del termine. La tradiziona-

le dottrina americana del diritto internazionale lo costruiva giuridicamente come zona di autodifesa. In realtà ogni autentico impero del gran mondo aveva mantenuto per sé la pretesa di possedere un simile ambito di sovranità spaziale che travalicava i confini dello Stato. Ma di questo fatto solo raramente i giuristi degli Stati mitteleuropei, che erano pigiati gli uni sugli altri ed erano fissati sul loro esclusivo territorialismo dei piccoli spazi, ebbero consapevolezza. Per oltre cent'anni si parlò molto della dottrina Monroe, senza che si riflettesse sul suo significato per la struttura spaziale giuridico-internazionale della terra. Non si ebbe neppure particolare interesse per l'esatta determinazione geografica dell'emisfero occidentale. Tanto era distante, per la coscienza di allora, l'America dall'Europa.

Nel 1939 sembrò dapprima che l'espressione *emisfero occidentale* si consolidasse. Essa venne usata in importanti dichiarazioni del governo degli Stati Uniti, tanto che anche all'inizio del nuovo conflitto mondiale sembrò quasi diventare un motto della politica statunitense.[2] Pertanto poteva fare specie il fatto che altre dichiarazioni americane non provenienti dal governo di Washington, in particolare le risoluzioni comuni dei ministri degli Esteri degli Stati americani di Panama (ottobre 1939) e dell'Avana (luglio 1940), non utilizzassero l'espressione «emisfero occidentale», ma parlassero semplicemente di «America», di «continente americano » (al singolare) o di « territori appartenenti geograficamente all'America ». Ma ad esempio il presidente del Brasile, nella sua presa di posizione nei confronti dell'occupazione americana dell'isola francese della Martinica, agli inizi del maggio 1943, affermò l'appartenenza di quest'isola all'emisfero occidentale.

Per il problema spaziale del diritto internazionale odierno la già citata dichiarazione di Panama del 3 ottobre 1939 ha

un'importanza del tutto particolare, che occorre qui illustrare anticipatamente. I belligeranti non dovevano intraprendere alcuna azione ostile all'interno della *zona di sicurezza* determinata mediante tale dichiarazione per la tutela della neutralità degli Stati americani.[3] La linea della zona neutrale di sicurezza si estendeva su entrambi i lati delle coste americane fino a trecento miglia marine nell'Oceano Atlantico e nell'Oceano Pacifico. Al largo delle coste brasiliane essa toccava i 24 gradi di longitudine ovest da Greenwich, avvicinandosi dunque ai 20 gradi di longitudine, che nella consueta rappresentazione cartografica stabilivano la linea di separazione tra Occidente e Oriente. Il significato pratico della zona di sicurezza americana, così delineata nell'ottobre 1939, venne presto meno, poiché cessò la neutralità degli Stati americani, che era il suo presupposto. Nonostante ciò il suo significato per il problema spaziale del diritto internazionale moderno rimane fondamentale. In primo luogo essa manteneva ben fermo il concetto di *America* e la delimitazione che ne conseguiva, in contrasto con la politica statunitense tendente a oltrepassare tali confini tradizionali. Inoltre si può dire che essa ebbe un effetto sensazionale nello spostare d'un colpo il limite delle acque territoriali da *tre* a *trecento* miglia dalla costa, riducendo quindi abbondantemente all'assurdo la misura della tradizionale zona delle tre miglia e l'estensione convenzionale delle acque costiere. Infine essa sottopose anche il libero oceano all'idea dei grandi spazi, introducendo a favore dei neutrali un nuovo tipo di delimitazione spaziale nel mare libero in quanto teatro di guerra. L'*aspetto delle due sfere* proprio della dottrina Monroe, « the two-spheres-aspect of thè Monroe doctrine», vale a dire l'aspetto terrestre e quello marittimo, subì un importante mutamento con la dichiarazione di Panama dell'ottobre 1939. Prima, quando si parlava della dottrina Monroe, si pensava in generale solo alla terraferma dell'emisfero occi-

dentale e si presupponeva che per l'oceano valesse la libertà dei mari nel significato del XIX secolo. Adesso i confini dell'America si estendevano anche sul mare.[4] Era questa una nuova moderna forma di occupazione di mare che cancellava le occupazioni di mare precedenti.

Quest'ultimo punto è particolarmente rilevante. Il passaggio dalla terra al mare ha sempre avuto nella storia universale conseguenze ed effetti inaspettati. Nel nostro caso tale passaggio riguarda la struttura fondamentale del diritto internazionale europeo fino ad allora vigente e la sua separazione tra terraferma e mare libero. Finché con il termine *emisfero occidentale* si era pensato esclusivamente allo spazio terrestre continentale, ciò aveva comportato non solo una linea di confine geografico-matematica, ma anche una forma storica e geografico-fisica concreta. L'ormai incipiente estensione ed espansione sul mare rese il concetto di emisfero occidentale ancora più astratto, nel senso di una superficie vuota, prevalentemente geografico-ma-tematica. Nell'estensione e nella liscia uniformità del mare si manifestava in modo più puro — come si esprime Friedrich Ratzel — lo *spazio in sé*. Nelle trattazioni della scienza bellica e strategica si trova talora l'acuta formulazione di un autore francese secondo cui il mare è una superficie piana senza ostacoli, sulla quale la strategia si risolve in geometria. Naturalmente è proprio questo mero carattere superficiale che, non appena si profila quale nuova dimensione lo spazio aereo, spinge a togliere la contrapposizione tra terra e mare nella direzione di una nuova struttura spaziale.

2. Proprio negli ultimi anni i geografi di professione, sotto l'effetto dell'uso politico dell'espressione *emisfero occidentale*, si sono confrontati con il problema che sta dietro a tale espressione. Di particolare interesse è la precisazione geografica,

intrapresa dal geografo del dipartimento di Stato statunitense S.W. Boggs, per delimitare l'area di tale emisfero in relazione alla dottrina Monroe. Boggs constata anzitutto che per « emisfero occidentale » si intende in generale il *nuovo mondo* scoperto da Cristoforo Colombo, osservando però che — per il resto — i concetti geografici o storici di *Occidente* e di *Oriente* non sono definiti né in natura né mediante accordi comuni. I cartografi hanno preso l'abitudine di determinare l'emisfero occidentale tracciando una linea nell'Oceano Atlantico, la quale passa per il 20° grado di longitudine ovest dal meridiano zero di Greenwich. Pertanto le Azzorre e le isole di Capo Verde appartengono all'emisfero occidentale, cosa che -come anche Boggs ammette — contrasta con la loro attribuzione storica al vecchio mondo. Persino la Groenlandia viene considerata dal geografo americano quasi del tutto appartenente all'emisfero occidentale, malgrado essa non sia stata certamente scoperta da Colombo.[5] Boggs non parla delle regioni artiche e antartiche, del Polo Nord e del Polo Sud. Sul versante del Pacifico egli non indica semplicemente come linea di confine la linea dei 160 gradi di longitudine, corrispondente a quella dei 20 gradi, ma la cosiddetta linea internazionale della data, ovvero la linea dei 180 gradi di longitudine, alla quale fa però subire alcune curvature a nord e a sud. Le isole occidentali dell'Alaska vengono situate ancora completamente nell'Occidente, come pure la Nuova Zelanda. L'Australia invece nell'altro emisfero. Il fatto che le immense superfici dell'Oceano Pacifico cadano anch'esse nell'emisfero occidentale — almeno in via provvisoria, come Boggs si esprime - è da lui ritenuto (prima dello scoppio della guerra con il Giappone) non già come una difficoltà pratica, bensì come un motivo per cui al massimo i cartografi si sarebbero potuti irritare.[6] Il giurista americano di diritto internazionale P.S. Jessup aggiungeva, nell'autunno 1940, alla sua relazione sul

promemoria di Boggs che « le dimensioni mutano oggi velocemente, e all'interesse che nel 1860 avevamo per Cuba corrisponde ora l'interesse per le Hawaii; forse l'argomento dell'autodifesa porterà un giorno gli Stati Uniti a combattere sullo Yang-tze, sul Volga e sul Congo ».

La problematica della determinazione di tali linee non è affatto una novità per il geografo di professione. Anzitutto in via astratta è possibile tracciare ovunque il meridiano zero, con piena arbitrarietà, analogamente a come — sotto il profilo cronologico — ogni singolo attimo temporale può essere assunto come punto iniziale di un computo del tempo. Si comprende facilmente anche che la rappresentazione di un emisfero occidentale globale o, rispettivamente, orientale è problematica già per il fatto che la terra ha la forma di una sfera che ruota sull'asse nord-sud. Nord e sud ci sembrano quindi esattamente determinabili. La terra è divisa dall'Equatore in un emisfero settentrionale e in uno meridionale, i quali non sono problematici nella stessa misura in cui lo sono quello occidentale e quello orientale. Abbiamo un Polo Nord e un Polo Sud, ma non un Polo Est e un Polo Ovest della terra. Le contrapposizioni legate all'idea di una destra e di una sinistra sono avvertite come relative in grado maggiore, o comunque in misura diversa, di quanto non lo sia l'idea di un sopra e di un sotto. Ciò risulta ad esempio anche dal fatto che una definizione come quella di « razza nordica », per quanto nel suo significato sia puramente geografica, fa più effetto delle contrapposizioni, anch'esse geografiche, tra razza occidentale e razza orientale. Chiunque sa che il cosiddetto emisfero occidentale è altrettanto bene (e forse, sotto un certo punto di vista, più esattamente) un emisfero *orientale*. Fin dall'antichità si è osservata la differenza tra il nord e il sud, da una parte, che rappresentano per l'orizzonte naturale gli estremi massimi della notte e della luce, e l'est e

l'ovest, dall'altra, che trapassano l'uno nell'altro e sono solo « opposti fluenti che sono meno di notte e giorno ».[7] Pertanto tutte le definizioni e le delimitazioni, in particolar modo quelle tracciate con linee attraverso l'oceano, restano incerte e arbitrarie, finché non vengono fondate su demarcazioni convenute in trattati riconosciuti.[8]

3. L'espressione *emisfero occidentale* ha però, oltre all'aspetto geografico-matematico della delimitazione, anche un contenuto storico-politico-universale e giuridico-internazionale. Nell'ambito politico e giuridico-internazionale stanno anzi le sue autentiche risorse, e quindi anche i suoi limiti interni. Qui sta nascosto il suo *arcanum,* il mistero della sua incontestabile incidenza storica. Esso sta in una grande tradizione storica ed è collegato a fenomeni ben determinati, propri della moderna coscienza della terra e della storia. Siamo infatti di fronte al più rilevante caso d'impiego (rispetto ai due tipi già sopra menzionati, della *raya* e dell'*amity line)* di quello che abbiamo chiamato il *pensiero per linee globali* del razionalismo occidentale.

La linea americana dell'emisfero occidentale non è né una *raya* né una *amity line.* Tutte le linee precedenti avevano a che fare con una conquista, e precisamente con una conquista territoriale da parte di potenze europee. La linea americana si distacca invece, già nel messaggio del presidente Monroe del 1823, proprio dalle pretese di una conquista territoriale europea. Vista dalla prospettiva americana, essa ha in primo luogo un carattere difensivo e indica una protesta, rivolta alle potenze della vecchia Europa, contro eventuali conquiste ulteriori, da parte europea, di territorio americano. E' facile riconoscere che la linea costruisce in questo modo solo uno spazio libero per le proprie conquiste, vale a dire per conquiste intra-americane sul territorio americano libero, che allora

aveva ancora dimensioni gigantesche. Ma l'atteggiamento dell'America contro la vecchia Europa monarchica non significava la rinuncia ad appartenere all'area della civiltà europea e della comunità giuridica internazionale, a quel tempo ancora sostanzialmente europea.

Uno studioso di prim'ordine, Bernhard Fay, ha addirittura appurato che il termine *civilizzazione* ha origine agli inizi del XIX secolo e che è stato coniato espressamente per sottolineare il nesso di continuità che lega l'antica Europa con la Francia agli Stati Uniti d'America.[9] Né la lettera di commiato del presidente Washington del 1796, né il messaggio di Monroe del 1823 dovevano fondare un diritto internazionale extraeuropeo. Gli Stati Uniti d'America si erano piuttosto sentiti sin dall'inizio come portatori della civiltà europea e del diritto internazionale europeo.[10] Anche gli Stati dell'America Latina che stavano allora sorgendo si consideravano appartenenti alla « famiglia delle nazioni europee » e alla sua comunità giuridica internazionale. Tutti i manuali di diritto internazionale americano, scritti nel XIX secolo, prendono le mosse con la massima naturalezza da questa pretesa, anche quando parlano di un particolare diritto internazionale americano, che viene affiancato al diritto internazionale europeo.[11] La linea globale dell'emisfero occidentale, pur avendo di mira la vecchia Europa, e pur escludendo l'Europa, può dunque solo in un certo senso essere detta antieuropea. In un altro senso, anzi, essa reca in sé all'opposto la pretesa morale e culturale di rappresentare la libera, tipica e autentica Europa. Ma questa pretesa fu in un primo momento velata dal fatto che essa era collegata ad un rigido isolamento. La linea di delimitazione dell'emisfero occidentale è anzi a prima vista addirittura una linea d'isolamento in senso specifico. A differenza di una *raya* distributiva e di una *amity line* agonale, essa

si configura come una terza cosa di genere del tutto diverso, ovvero come una linea di autoisolamento.

Atteniamoci alle formulazioni chiare e coerenti di questa concezione, che sono state espresse a proposito della cosiddetta linea Jefferson. È sufficiente citare due celebri dichiarazioni del 2 gennaio 1812 e del 4 agosto 1820. Esse meritano il nostro interesse già per la loro connessione con la proclamazione del messaggio di Monroe del 1823. In entrambe traspare chiaramente l'odio verso l'Inghilterra e il disprezzo per la vecchia Europa, dove è da osservare che gli Stati Uniti si presentavano allora come i custodi del diritto bellico marittimo europeo, proprio contro l'Inghilterra. « Il destino dell'Inghilterra» disse Jefferson all'inizio del 1812 «è ormai segnato e la sua attuale forma di esistenza volge al tramonto. Se la nostra forza ci permetterà di imporre una legge al nostro emisfero, questa dovrebbe consistere nel fatto che il meridiano che passa in mezzo all'Oceano Atlantico formerà la linea di demarcazione tra la guerra e la pace, al di qua della quale non si dovrà intraprendere alcuna ostilità e il leone e l'agnello vivranno in pace l'uno accanto all'altro ». Risuona qui ancora una qualche eco del carattere che è proprio a una linea di amicizia. Solo che l'America non è più « libera » nel senso dei secoli XVI e XVII e non è più un teatro di lotte indiscriminate, ma è al contrario una zona di pace, mentre il resto del mondo è teatro di guerra, anche se di una guerra di altri, dalla quale l'America si tiene fondamentalmente lontana. Quello che era tipico delle vecchie linee di amicizia, il loro senso e carattere agonale, sembra rovesciarsi nel suo contrario. Diceva Jefferson nel 1820: « Non è lontano il giorno in cui noi esigeremo formalmente che nell'oceano vi sia un meridiano che separi i due emisferi, al di qua del quale nessun europeo potrà mai sparare un colpo, così come nessun americano potrà farlo al di là di esso ». L'espressione « emisfero

occidentale » viene sempre usata, come accade nello stesso messaggio di Monroe, in modo tale che gli Stati Uniti vengano identificati con tutto ciò che di morale, civile o politico vi è nella sostanza di questo emisfero.

La portata delle idee di Jefferson non va qui esagerata. Ma neppure trascurata, se si deve far vedere il vero e proprio carattere storico e politico-universale di una simile linea di isolamento. Dal punto di vista storico-spirituale la coscienza dell'elezione deriva da un atteggiamento calvinista puritano. Essa prosegue in una forma deistica e secolarizzata nella quale giunge spesso perfino ad accrescersi, poiché l'assoluto sentimento di dipendenza da Dio non può naturalmente essere anch'esso secolarizzato. Nell'ultimo quarto del secolo XVIII, dalla dichiarazione d'indipendenza del 1775 in poi, la coscienza americana dell'elezione assorbe dalla Francia nuove forze morali di tipo puramente mondano-immanente. I filosofi dell'Illuminismo, tra i quali grandi nomi come Raynal e Condorcet, creano una nuova immagine della storia umana. La conquista dell'America da parte degli Europei nel secolo XVI, la grande occupazione del territorio americano, giustificata fino ad allora dai conquistatori cattolici e protestanti come missione di fede cristiana, appare ora in prospettiva umanitaria quale esempio di inumana crudeltà. Non era difficile ritrovare in Las Casas materiale per questa concezione. Le dichiarazioni americane dei diritti dell'uomo sono invece viste come una sorta di rinascita dell'umanità. Per Hobbes, filosofo del secolo XVII, l'America era ancora un dominio dello stato di natura, inteso come una libera lotta prestatale tra impulsi e interessi egoistici. Per Locke pure, come abbiamo visto sopra (pp. 97-98), l'America stava, anche se in modo diverso, nella situazione originaria dello stato di natura. Verso la fine del secolo XVIII i filosofi dell'illuminismo francese passarono a vedere nel libero e indipendente Nordamerica

l'ambito di uno stato di natura ancora diverso, ovvero lo stato di natura nel senso di Rousseau, inteso come territorio ancora incontaminato dalla corruzione dell'Europa ipercivilizzata. Il soggiorno di Benjamin Franklin in Francia ebbe in questo senso un'incidenza determinante, non solo per l'alleanza che la Francia concluse con gli Stati Uniti (1778), ma anche per la fratellanza spirituale che si instaurò. L'America diventò così una seconda volta, per la coscienza europea, lo spazio della libertà e della naturalezza, questa volta però con un contenuto positivo, che trasformava sostanzialmente il vecchio significato di lotta della linea globale e dava all'isolamento un contenuto positivo.

Secondo il suo significato politico, il principio dell'isolamento mira a creare un nuovo ordinamento spaziale della terra. Cerca di farlo separando un ambito di pace e di libertà garantita da un ambito di dispotismo e di corruzione. Quest'idea americana dell'isolamento è nota ed è stata spesso discussa. Per noi è qui importante il suo collegamento con l'ordinamento spaziale della terra e con la struttura del diritto internazionale. Se l'emisfero occidentale è il nuovo mondo sano, non ancora toccato dalla corruzione del vecchio mondo, esso deve naturalmente essere anche sotto il profilo del diritto internazionale in una condizione diversa da quella del vecchio mondo corrotto, che era stato fino ad allora il centro, il portatore e il creatore del diritto internazionale cristiano europeo, lo *jus publicum Euro-paeum*. Se l'America è il territorio nel quale gli eletti hanno trovato salvezza, per condurre là in condizioni verginali una nuova esistenza più pura, allora cade ogni pretesa europea riguardo al suolo americano. Il *suolo* americano riceve ora anche sotto il profilo del diritto internazionale uno status completamente nuovo rispetto a tutti gli status territoriali fino a quel momento vigenti nel diritto internazionale. Lo *jus publicum Europaeum* aveva sviluppato, co-

me abbiamo visto, più d'uno di questi status territoriali. Il suolo americano non dovrà d'ora in poi rientrare in alcuno degli status territoriali conosciuti dal diritto internazionale europeo del secolo XIX. L'America non dovrà più essere vista quale territorio privo di dominio e disponibile alla libera occupazione nel senso tradizionale, né quale suolo coloniale, né quale suolo paragonabile al territorio degli Stati europei, né quale teatro di lotta nel senso delle vecchie linee d'amicizia, né quale ambito dell'extraterritorialità europea con giurisdizione consolare come nei paesi asiatici.

Qual è dunque, secondo questa nuova *linea*, lo status giuridico-internazionale dell'emisfero occidentale rispetto all'ordinamento del diritto internazionale europeo? Qualcosa di assolutamente straordinario, qualcosa di eletto. Sarebbe, almeno stando a un'opinione quanto mai coerente, ancora poca cosa definire l'America come l'asilo della giustizia e della fortezza. Il senso vero e proprio di questa linea dell'elezione sta piuttosto nel fatto che solo sul suolo americano sono date le condizioni che rendono possibili come situazione normale atteggiamenti sensati e *habits*, il diritto e la pace. Nella vecchia Europa, dove domina uno stato di illibertà, anche un uomo per natura e per carattere buono e onesto può diventare criminale e violare le leggi. In America invece la distinzione tra buono e malvagio, tra diritto e torto, tra uomini per bene e criminali non viene confusa da false situazioni e falsi *habits*. La convinzione profonda che l'America si trovasse in una situazione normale e pacificata e l'Europa, per contro, in uno stato abnorme e ostile poteva essere ancora riconosciuta nella trattazione del problema delle minoranze fatta alla Lega di Ginevra da Mello Franco (1925). La linea globale che viene tracciata qui è dunque una sorta di linea di quarantena, di cordone sanitario che divide una regione contaminata da una sana.

Il messaggio del presidente Monroe non esprime tutto ciò così chiaramente come le dichiarazioni di Jefferson or ora citate. Chi però ha occhi per leggere e orecchie per intendere sa ricavare anche dal testo e dalla lettera del messaggio di Monroe il fondamentale giudizio di riprovazione morale che viene esteso all'intero *sistema* politico delle monarchie europee e che conferisce alla linea di separazione e di isolamento americana il suo significato morale e politico e la sua forza mitica.

Stranamente, la formula dell'emisfero occidentale era diretta proprio contro l'Europa, l'antico Occidente. Non era diretta contro la vecchia Asia o l'Africa, ma contro il vecchio Ovest. Il nuovo Ovest avanzava la pretesa di essere il vero Ovest, il vero Occidente, la vera Europa. Il nuovo Ovest, l'America, voleva sradicare l'Europa, che fino ad allora aveva rappresentato l'Ovest, dalla sua collocazione storico-spirituale, voleva rimuoverla dalla sua posizione di centro del mondo. L'Occidente, con tutto quello che il concetto implica sul piano morale, civile e politico, non venne eliminato o annientato, e neppure detronizzato, ma soltanto spostato. Il diritto internazionale cessava di avere il suo baricentro nella vecchia Europa. Il centro della civiltà scivolava a ovest, verso l'America. La vecchia Europa, come pure la vecchia Asia e l'Africa, diventava passato. Vecchio e nuovo sono qui — come non ci si deve stancare di sottolineare — parametri non solo di una condanna, ma anche soprattutto di una ripartizione, di un ordinamento e di una localizzazione. In quanto tali sono il fondamento di altissime pretese storiche, politiche e giuridico-internazionali. Essi hanno trasformato la struttura del tradizionale diritto internazionale europeo sin dal 1890, assai prima cioè che — con l'entrata di Stati asiatici, in primo luogo del Giappone — la comunità del diritto internazionale eu-

ropeo fosse ampliata in un ordinamento internazionale universalistico e privo di dimensione spaziale.

Noi non indaghiamo qui in che misura le pretese di Jefferson e di Monroe fossero allora giustificate sul piano morale e politico, e neppure quanto fosse sensata la loro convinzione di rappresentare moralmente e politicamente il nuovo mondo. Sul suolo americano si è realmente radunata e sviluppata ulteriormente una parte notevole della civiltà europea. In quanto europei della vecchia Europa, si può anche ammettere senza nulla perdere che uomini come George Washington e Simon Bolivar erano grandi europei, persino più vicini al significato ideale di questa parola di quanto non lo fosse la maggior parte degli statisti britannici ed europeo-continentali del loro tempo. Sia di fronte alla corruzione parlamentare del XVIII secolo inglese, sia di fronte alla degenerazione assolutistica di quello francese, ma anche infine di fronte all'angustia e all'illibertà della restaurazione post-napoleonica e della reazione di Metternich nel XIX secolo, l'America aveva buone possibilità di rappresentare la vera e autentica Europa.

La pretesa dell'America di essere la vera Europa, l'egida del diritto e della libertà, era pertanto un fattore storico di grandissimo effetto. Corrispondeva a forti tendenze europee e costituiva una reale energia politica o, detto in termini più moderni, un potenziale bellico di prim'ordine.[12] Questo serbatoio di energia storica ricevette ancora nel XIX secolo, in particolar modo con le rivoluzioni europee del 1848, un robusto incremento. Milioni di Europei delusi e disillusi lasciarono allora, nel XIX secolo, la vecchia Europa reazionaria ed emigrarono in America, per iniziarvi una nuova vita in condizioni verginali. Il falso cesarismo di Napoleone III e le correnti reazionarie negli altri paesi europei mostrarono, dopo il 1848, che l'Europa non era in grado di risolvere i problemi sociali, politici e spirituali che erano stati sollevati

con tanta forza nel decennio precedente al 1848 in Francia, Germania e Italia. Non si deve dimenticare che il *Manifesto comunista* risale al 1847 e che già nel 1842 Bakunin era comparso a Berlino. Invece di cercare una risposta, tutti i popoli e i governi europei del tempo si affrettarono dopo il 1848 a soffocare la profonda problematica che era venuta alla luce sotto il nome di socialismo, comunismo, ateismo, anarchismo e nichilismo e a ricoprire l'abisso con una facciata legittimistica o legalitaria, conservatrice o costituzionalistica. I grandi critici di quest'epoca sono stati singoli individui isolati e inattuali: Kierkegaard e Donoso Cortés, Bruno Bauer e Jacob Burckhardt, Baudelaire e - infine - Nietzsche. Nei confronti di una simile Europa, che era ormai solo reazionaria, l'autoconsapevolezza americana di costituire la nuova e vera Europa conteneva in sé una grandiosa pretesa storicouniversalistica. Qui la risolutezza americana riuscì a liberarsi di un venefico cadavere storico e a coinvolgere quelle forze politiche mondiali che avrebbero anch'esse potuto fondare un nuovo *jus gentium*.

Ma già alla fine del secolo, attorno al 1900, queste grandi possibilità apparivano, sia dall'esterno sia dall'interno, sotto un'altra luce. La guerra contro la Spagna, del 1898, fu in politica estera il segnale che il mondo intese come svolta verso un aperto imperialismo. Questo imperialismo non si limitava all'area dell'emisfero occidentale corrispondente alle antiche concezioni continentali, ma si addentrava profondamente fin nell'Oceano Pacifico e nel vecchio Oriente. Negli ampi spazi dell'Asia l'esigenza della *porta aperta*[13] prese il posto dell'obsoleta dottrina di Monroe. Da un punto di vista geografico globale, ciò rappresentava un passo da est verso ovest. Il continente americano era ora, in rapporto al sorgere di un nuovo spazio est-asiatico, messo nella condizione di un continente orientale, e questo avveniva un secolo dopo che la vecchia

Europa era stata sospinta dall'ascesa storica dell'America nell'ambito dell'emisfero orientale. Per una *geografia dello spirito* questo spostamento di prospettiva rappresenta un tema di grandissimo interesse. Per effetto dell'impressione che suscitò, venne annunciato nel 1930 il *sorgere di un nuovo mondo,* che avrebbe dovuto unire l'America e la Cina.[14]

L'antica fede nel nuovo mondo subì anche dall'interno, in base all'evoluzione americana stessa, una trasformazione fondamentale non diversa da quella provocata da questi spostamenti della storia universale da ovest a est. Nel medesimo tempo in cui si iniziava in politica estera l'imperialismo degli Stati Uniti, la situazione interna statunitense vedeva invece terminata l'epoca della sua novità. Il presupposto e il fondamento di quella che, in un senso reale e non semplicemente ideologico, poteva essere detta la *novità* dell'emisfero occidentale era venuto meno. Già attorno al 1890 cessò negli Stati Uniti la libertà di conquista interna e si era conclusa la colonizzazione del territorio che era stato fino ad allora libero. Fino a quel momento era rimasta ancora valida negli Stati Uniti la vecchia linea di confine, che teneva separati i territori colonizzati e i territori liberi, ovvero aperti alla libera conquista. Fino ad allora era esistito anche l'abitante tipico di questa linea di confine, chiamato *frontier:* colui che poteva spostarsi dal territorio colonizzato al territorio libero. Ma ora, assieme al territorio libero cessava anche la libertà fino ad allora esistente. L'ordinamento fonda-mentale degli Stati Uniti, il *radicai title,* si trasformò, anche se le norme della costituzione del 1787 restarono le stesse. Leggi che limitavano l'immigrazione e che stabilivano discriminazioni in parte di tipo razziale, in parte di tipo economico, chiusero le porte dell'antico asilo della libertà illimitata. Tutti i buoni osservatori si resero subito conto del mutamento. Tra i molti che ne hanno parlato mi sembra particolarmente degno di menzio-

ne un grande filosofo e tipico pensatore del pragmatismo americano, John Dewey, avendo egli assunto questa fine del *frontier* quale punto d'avvio per la sua analisi della concreta situazione sociale dell'America. E altrettanto importante, ai fini di una valutazione di Emerson e di William James, è il fatto che il loro ottimismo e la loro letizia presuppone l'esistenza di un *confine aperto.* L'idea del suolo libero continuava ad avere influenza quando nel 1896 William James pubblicò il saggio *La volontà di credere (The Will to Believe).*

Abbiamo accennato nel capitolo relativo alla prima linea globale (pp. 95 sgg.) all'affinità strutturale che lega lo stato di natura prestatale che compare in Hobbes all'ambito di una indiscriminata libertà. Avevamo allora messo in rilievo il fatto storico determinante, e cioè che il dominio di questa libertà aveva trovato la propria collocazione storica concreta in un immenso spazio, aperto alla libera conquista territoriale, ovvero in quello che era allora il nuovo mondo *al di là della linea.* Riguardo alla struttura di questo nuovo mondo, Hegel ha formulato oltre un secolo fa, già molto prima dello scoppio degli eventi del 1848, nell'introduzione alle sue *Lezioni sulla filosofia della storia,* una singolare diagnosi. In una geniale mescolanza di ingenuità e di erudizione egli affermava allora, all'epoca della prima dottrina Monroe, che gli Stati Uniti d'America non erano ancora uno *Stato,* ma che si trovavano invece allo stadio della società civile, ovvero nella condizione prestatale della libertà degli interessi, che è antecedente rispetto al superamento dialettico della libertà individualistica nello Stato. Un importante rilievo critico del giovane Marx, risalente agli anni 1842-43, prende spunto dalla diagnosi hegeliana e la prosegue, citando anch'esso in particolare gli Stati Uniti d'America. Karl Marx osserva che tanto nelle repubbliche quanto nelle monarchie del secolo XIX è la proprietà privata borghese a determinare la vera costituzione e lo Sta-

to. In seguito alla separazione tra Stato e società e tra politica ed economia, il contenuto materiale dello Stato politico viene a porsi fuori della politica e della costituzione.[15] Alcuni teorici dello Stato anglosassoni hanno però elevato a principio proprio questo rapporto tra Stato e società, tra politica ed economia. Nella separazione tra politica ed economia risiede realmente la chiave per chiarire la contraddizione tra presenza e assenza, in cui deve incorrere il nuovo mondo — ora non più nuovo, ma deciso a conservare ideologicamente la propria antica novità — quando cerca di conciliare presenza economica e assenza politica e di continuare l'ideologia della precedente libertà, benché la situazione non sia più quella di prima. Da questo mantenimento di una coscienza tipica della fase non politica precedente allo Stato in una realtà già divenuta iperstatale ha origine una verginità artificialmente prolungata, il cui dilemma verrà trattato nel prossimo capitolo.

Note

1. Cfr. A. Lawrence Lowell, *The Frontiers of the United States,* in « Foreign Affairs », XVII, 1931, pp. 663-64.

2. Così la nota che il governo degli Stati Uniti nel giugno 1940 trasmise al governo tedesco e a quello italiano, come pure ad altri governi europei, contiene la seguente locuzione: « In pieno accordo con la tradizionale politica relativa all'emisfero occidentale, gli Stati Uniti dichiarano che essi non tollereranno alcun trasferimento di regioni geograficamente appartenenti all'emisfero occidentale dal dominio americano a un dominio non americano ». Cfr. su ciò P.S.

Jessup, *The Monroe Doctrine*, in « The American Journal of International Law », 34, ottobre 1940, p. 709.

3. Il passaggio decisivo dice: « Le repubbliche americane possono pretendere a titolo di diritto acquisito, quale mezzo per l'autodifesa del proprio continente, che, fintanto che esse osservano la neutralità, le acque adiacenti al continente americano considerate di particolare importanza e di diretta utilità per le proprie relazioni siano fatte salve da ogni azione di ostilità intrapresa o tentata dalla terra, dal mare e dall'aria ».

4. Cfr. Quincy Wright, in « The American Journal of International Law », 34, 1940, p. 248. L'autore ritiene che nella sua nuova forma la dottrina di Monroe faccia ritorno alle concezioni del mare clausum proprie degli Spagnoli e dei Portoghesi, combattute da Grozio. Questo parallelo mi sembra però inesatto, poiché in esso si fa eccessivo riferimento alle nozioni di un ordinamento spaziale preglobale.

5. La Groenlandia e persino l'Islanda (cfr. il libro di Steffanson sull'Islanda del 1930) sono incluse dai geografi americani nell'emisfero occidentale. Anche nel corso del processo sulla Groenlandia celebrato di fronte alla Corte internazionale permanente dell'Aja, per quanto mi risulta, la dottrina di Monroe non è mai stata tirata in campo da nessuna delle parti. Gustav Smedal (in *Grönland und die Monroedoktrin*) comunica che il dipartimento di Stato americano rispose nel 1931 a una interpellanza affermando che non poteva procurare alcuna documentazione scritta riguardante la questione dell'applicazione della dottrina di Monroe alla Groenlandia e ai territori polari. Una carta geografica del 1916 dello storico e giurista americano Albert Bushnell Hart (carta dei territori a cui si estende la dottrina di Monroe), che Smedal cita, è priva di significato per il nostro problema, trattandosi semplicemente di una carta dello sviluppo politico del continente americano nel XIX secolo. Il problema geografico, impor-

tante ai fini della delimitazione dell'emisfero occidentale, non viene affatto notato nel libro di Bushnell Hart (*The Monroe Doctrine. An Interpretation*, London, 1916). Sotto il titolo « Suggested Geographical Limitation » (pp. 306-307) è discussa la questione se sia opportuno escludere dall'ambito della dottrina di Monroe determinati territori sudamericani, come ad esempio il Cile e l'Argentina. L'autore ritiene che ciò servirebbe soltanto a facilitare la colonizzazione di questi territori da parte della Germania.

6. E' quanto comunica P.S. Jessup, art. cit., p. 704.

7. Cfr. G. Pfleiderer, *Die Philosophie des Heraklits von Ephesus*, 1886, p. 162.

8. Il concetto di emisfero occidentale è stato analizzato criticamente da un giovane geografo tedesco, Arthur Kühn, nel saggio *Zum Begriff der westlichen Hemisphäre* (« Zeitschrift der Gesellschaft für Erdkunde zu Berlin », agosto 1941, pp. 222 sgg.). L'autore ha rilevato l'« indeterminatezza geografica » della linea in questione; egli ritiene che, se mai si presentasse il bisogno pratico di separare le sfere di influenza dei continenti europeo e americano, ciò potrebbe essere fatto matematicamente solo tracciando una linea equidistante dalle isole appartenenti ai rispettivi continenti. Tale linea di separazione rimarrebbe però puramente geografico-matematica e finirebbe per tagliare i possedimenti e le zone d'interesse delle diverse potenze.

9. B. Fay, *Civilisation américaine*, Paris, 1939, p. 9.

10. Così *Justice Story*, a proposito del caso La jeune Eugénie (1822; 2 Mason 409, Fed. Cas. n. 1551), parla di « principles universally recognized as such by all civilized communities or even by those constituting what may be called the Christian States of Europe ».

11. Kent trattò del diritto internazionale nei suoi Commentaries on American Law (1836); H. Wheaton in *History of the Law of Nations in Europe and America*, New York, 1845. Calvo diede alla sua famosa opera il titolo *Derecho internacional teòrico y pràctico de Europa y America*. Cfr. anche il lavoro di Sa Vianna sopra citato (p. 290 nota).

12. L'importante lavoro di B. Fay, L'esprit révolutionnaire en France et aux Etats-Unis à la fin du XVIII' siècle (Paris, 1925), dovrebbe essere proseguito particolarmente per quanto riguarda l'età della restaurazione. Ma già da questo libro di Fay (pp. 299, 317) vengono importanti chiarimenti anche circa l'origine delle idee di Tocqueville e circa la stupefacente prognosi di questo scrittore alla fine del primo volume della sua Démocratie en Amérique (1835). Vale poi citare espressamente a titolo di ulteriore esempio un'osservazione del giovane Augustin Thierry, il quale come storico e come sociologo ha un'importanza rivoluzionaria sia per la teoria delle classi, sia per la teoria delle razze del XIX secolo, ed è al tempo stesso un'espressione del forte impulso europeo irradiato da Saint-Si-mon. Nel saggio Sur l'antipathie de race qui divise la nation fran(aise (nel « Censeur européen » del 2 aprile 1820), Thierry dice: se l'Europa dovesse ricadere nuovamente nella vecchia barbarie del Medioevo feudale, nella lotta tra le classi e le razze, noi avremmo a disposizione una via d'uscita che i nostri antenati non avevano: « La mer est libre, et un monde libre est au-delà ». Quanto alla Germania, un buon materiale è fornito nella ricerca di H. Meyer, Nordamerika im Urteil des deutschen Schrifttums bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts, Hamburg, 1929 (*Übersee-Geschichte, eine Schriftenfolge*, a cura di A. Rein, vol. IX); in quest'opera si veda in particolare la citazione tratta dalla Allgemeine Geschichte di Rotteck (pp. 540 sgg.), a proposito della contrapposizione tra Oriente dispotico e libero Occidente. L'Europa, afferma Rot-

teck, ricade nei vincoli del diritto storico. L'ultima frase della Storia universale di Rotteck suona: « L'Europa vedrà il fuoco sacro da lei fino ad oggi custodito ormai solo da lontano, al di là dell'Oceano Atlantico ».

13. Cfr. A.T. Mahan, *The Interests of America in International Conditions*, London, 1910, pp. 117-18. Qui Mahan sottolinea già che la non-interference della dottrina di Monroe non significa assenza dall'Europa, con riferimento particolare al Reich tedesco. L'idea di Mahan di un'unione dei due imperi anglosassoni contiene la proposta di una fusione tra il vecchio e il nuovo mondo.

14. Cfr. Hermann Graf von Keyserling, *Amerika, der Aufgang einer neuen Welt*, 1930.

15. Cfr. *Marx-Engels-Gesamtausgabe* (a cura di D. Rjazanov, Frankfurt a.M., 1927), vol. I, p. 437. Devo il riferimento a questo passo al saggio di E. Lewalter, *Zur Systematik der Marxschen Staats- und Gesellschaftslehre*, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », 68, 1933, p. 650. Di particolare interesse rispetto a questo punto è lo scritto di H. Fischer, *Karl Marx und sein Verhältnis zu Staat und Wissenschaft*, Jena, 1932, in cui si osserva a p. 45: « nella misura in cui la politica del 1931 è politica economica, essa corrisponde a un secolo XIX rivoltato dall'interno verso l'esterno ».

6. *Il mutamento di significato del riconoscimento giuridico-internazionale*

È spesso accaduto nel corso della storia che popoli e imperi si isolassero dal resto del mondo e cercassero di proteggersi dal rischio di un'infezione mediante una linea di difesa. Il problema è solo quello di vedere a quale comportamento dia luogo una simile chiusura e un simile isolamento dagli altri popoli. La pretesa dell'America di rappresentare il nuovo mondo, non corrotto, si era manifestata in seguito alla presa di coscienza della nuova immagine globale del mondo. Essa rappresentava per il resto del mondo una volontaria autoesclusione, accompagnata a un coerente isolamento. Una linea globale che suddivide il mondo in due metà, una delle quali buona e l'altra cattiva, costituisce una linea di valutazione morale che assegna il *più* e il *meno.* Essa dà una risposta permanentemente negativa all'altra parte del pianeta, salvo quando le relazioni con quest'ultima vengano completamente a mancare. Si sviluppa in ogni caso una dialettica tra isolamento e intervento, il cui dilemma si acuisce ad ogni ulteriore passo dell'evoluzione storica.

a) *Il dilemma tra isolamento e intervento*

Il dilemma potè apparire come tale allorché furono del tutto superati gli effetti della guerra di secessione del 1861-65 e gli Stati Uniti recuperarono il loro antico senso di superiorità nei confronti delle grandi potenze europee. Nella fase di transizione che può essere datata tra il 1890 e il 1939 il dilemma insoluto si manifestò in una combinazione di presenza e di assenza che abbiamo osservato già sopra (pp. 328 sgg.) e che divenne il destino della Lega di Ginevra. Ma con il crescere della consapevolezza globale la coazione divenne irresistibile, inevitabile e anche più stretta e rigida, in corrispondenza alle crescenti dimensioni spaziali e politiche del pensiero per linee globali e alla creazione moderna di grandi spazi economico-industriali. In questa atroce alternativa l'emisfero occidentale si trovava fin dall'inizio della cosiddetta èra imperialistica, ovvero fin dalla fine del XIX secolo e dai princìpi del XX, situato com'era tra i continui tentativi di costruire una pluralità di grandi spazi e la pretesa di giungere a un'unità globale del mondo: tra monismo e pluralismo, monopolio e polipolio. Ogni sociologo, ogni storico, giurista ed economista che ha osservato dal 1890 in poi l'evoluzione degli Stati Uniti e dell'emisfero occidentale dominato dagli Stati Uniti, ha avuto sotto gli occhi la dialettica delle contraddizioni di questo sviluppo. Dopo la prima guerra mondiale, dal 1919 in poi, essa cominciò a farsi sentire anche in Europa. Le masse enormi di interi continenti oscillavano di qui e di là, senza passaggi e mediazioni, tra estremi opposti che si contraddicevano ed escludevano l'un l'altro. Non si trattava solo di generici antagonismi o di tendenze polarmente contrapposte, non si trattava cioè di semplici contrasti e tensioni, come accade in ogni vita intensa e, a maggior ragione, in ogni grande politica mondiale. Le contraddizioni avevano origine dalla problematica insoluta di uno sviluppo spaziale che costringeva o a trovare altri grandi spazi accanto a quelli rico-

nosciuti, o a trasformare la guerra tipica del diritto internazionale fino ad allora vigente in guerra globale.

Già durante la prima guerra mondiale del 1914-18 la politica del presidente W. Wilson si era mossa senza mediazioni tra i due estremi dell'autoisolamento e dell'intervento mondiale, prima di risolversi con grande impeto per l'intervento. E' sufficiente citare due dichiarazioni di Wilson, la prima delle quali risale all'inizio della guerra, al 1914, e la seconda all'aprile del 1917, ovvero al periodo dell'entrata in guerra americana. Il punto di partenza di Wilson era: « to be neutral in fact as well as in name ». Nel suo discorso del 19 agosto 1914 il presidente americano si era solennemente riconosciuto nell'ideale di un'assoluta, rigorosa e scrupolosa neutralità, che evitava timorosamente di procedere alla discriminazione tra i belligeranti, mantenendo con estrema coerenza la linea dell'autoisolamento. Il presidente metteva allora in guardia la sua gente persino dalla tentazione psicologica di prendere partito, anche solo teoricamente e sentimentalmente, e dalla tentazione di disporsi ad una neutralità soltanto esteriore e nominale, mentre l'anima non era già più neutrale. « Dobbiamo mantenerci imparziali nel pensiero e nei fatti, tenere a freno i nostri sentimenti ed evitare ogni azione che possa essere interpretata come un favoritismo nei confronti di una delle parti in lotta». Nel novembre 1916 Wilson venne eletto per la seconda volta presidente con lo slogan « he kept us out of war ». Ma già nella dichiarazione del 2 aprile 1917 egli mutò ufficialmente e pubblicamente il proprio punto di vista, affermando che era ormai cessato non solo il tempo, ma anche l'epoca della neutralità e che la pace mondiale e la libertà dei popoli giustificavano l'entrata in guerra in Europa. Solo così la prima guerra mondiale divenne, da guerra europea vecchio stile, guerra che coinvolgeva il mondo e l'umanità intera. Il fatto che questo rovesciamento

da una politica isolazionistica a una politica interventistica presupponesse forze e tendenze obiettive, e non dipendesse solo dalle opinioni personali e dalle oscillazioni psicologiche individuali di Wilson, lo si vide anche in seguito in ogni importante momento della storia americana degli ultimi decenni. Torna infatti sempre alla ribalta, in queste circostanze, la problematica dell'autoisolamento e dell'intervento mondiale. La storia del rapporto con la Lega di Ginevra, che abbiamo già illustrato (pp. 322 sgg.) non è che un caso di applicazione di questa stessa problematica. La condanna della guerra, che Washington espresse nella forma del patto Kellogg del 27 agosto 1928, mantenne poco chiaro il rapporto con lo statuto di Ginevra. Ebbe comunque il senso di tenere nelle mani degli Stati Uniti la grande decisione sull'ammissibilità di una guerra mondiale, e ciò sia nei confronti della Lega di Ginevra sia nei confronti dell'Inghilterra e della Francia, le due potenze europee dominanti a Ginevra. Il tipo tradizionale di neutralità, che lo statuto ginevrino della Società delle Nazioni non aveva ancora completamente eliminato, fu cancellato allora facendo della guerra giusta un concetto di diritto internazionale. Un giusinternazionalista dell'epoca, John B. Whitton, ha formulato tutto ciò con un ragionamento tipico, nel modo più semplice: prima la neutralità era stata un simbolo della pace, ora - con il nuovo diritto internazionale inaugurato dalla Lega di Ginevra e dal patto Kellogg — essa era diventata un simbolo della guerra.

Così come il dilemma tra isolamento e intervento si rispecchia, nel corso della prima guerra mondiale del 1914-18, nelle dichiarazioni di Wilson, altrettanto la sorprendente ripetizione in parallelo dei medesimi sviluppi dopo il 1939 indica che alla base di tutto ciò sta una più profonda identità. Già nel discorso tenuto a Chicago il 5 ottobre 1937, Franklin D. Roosevelt aveva dichiarato che all'anarchia e all'illegalità in-

ternazionale che si manifestava allora nel mondo non si poteva sfuggire mediante il semplice isolamento e la neutralità. La dichiarazione ufficiale di neutralità degli Stati Uniti del 5 settembre 1939 aderisce tuttavia ufficialmente all'antico concetto di neutralità del diritto internazionale interstatale, al principio della più rigorosa imparzialità e dell'eguale amicizia verso tutte le parti belligeranti. In questa dichiarazione di neutralità americana viene adoperata perfino la tradizionale formula europea dell'*aequalitas amicitiae*, secondo la quale la neutralità si basa sulla *eguale amicizia* nei confronti di entrambe le parti in guerra, e viene impiegata pure l'espressione « on terms of friendship ». Non è qui necessario illustrare come si sia effettivamente sviluppata l'imparzialità derivante da eguale amicizia. Importante è per noi qui il rapporto con il problema dell'emisfero occidentale e della dialettica interna tra isolamento e intervento, il quale fa sì che il concetto di neutralità, fin dai primi anni del secolo, metta in crescente movimento il mondo intero. Anche nel corso della seconda guerra mondiale, dal 1939 in poi, si dovette rinunciare alla neutralità chiara e coerente che derivava dalla linea di autoisolamento, malgrado essa fosse stata confermata all'inizio della guerra con parole solenni.

Il promemoria dell'avvocato generale dello Stato e ministro della Giustizia americano Jackson, elaborato a bordo dello yacht presidenziale *Potomac* e letto poi il 31 marzo 1941 nel corso di una conferenza stampa alla Casa Bianca, trasse infine la conclusione, sul piano dei princìpi, e sintetizzò il risultato dichiarando apertamente e pubblicamente la morte dei vecchi concetti di isolamento e di neutralità: « Io non nego » affermava il portavoce del governo degli Stati Uniti « che nel secolo XIX siano state formulate determinate regole di neutralità procedenti da una determinata idea di neutralità, e che queste regole siano state integrate nelle diverse con-

venzioni dell'Aja. L'applicazione di tali regole è però superata. Gli eventi accaduti dalla guerra mondiale in poi le hanno private della loro validità. Con l'assenso della Società delle Nazioni al principio delle sanzioni contro gli aggressori, con il patto Kellogg-Briand e con il trattato argentino per il bando della guerra sono stati spazzati via i princìpi del secolo XIX secondo cui tutti i belligeranti dovevano essere trattati in eguale maniera. Siamo ritornati a concezioni *più antiche e più sane* ». Che cosa significhi questo ritorno a concezioni più antiche e più sane dal punto di vista della storia delle idee, lo abbiamo in parte chiarito più sopra, nel capitolo su Vitoria. Ai fini della nostra trattazione di teoria del diritto internazionale non ci resta che accennare al problema del *riconoscimento* giuridico-internazionale, che è il problema-chiave di ogni ordinamento fondato sulla coesistenza di entità autonome. Il significato del riconoscimento internazionale ha subito negli ultimi decenni delle trasformazioni. In tali trasformazioni si riflette il mutamento strutturale dell'ordinamento spaziale del diritto internazionale.

Per il diritto internazionale europeo classico il riconoscimento di un altro Stato e di un altro governo comporta, in caso di guerra, il riconoscimento di quest'ultimo come *justus hostis,* derivante dalla piena eguaglianza e reciprocità tra le parti. Ogni riconoscimento giuridico-internazionale significa, nella sostanza, che chi esercita il riconoscimento ritiene gli effetti prodotti da un mutamento territoriale o da un nuovo regime sull'ordinamento spaziale esistente o ancora da formare compatibili con questo ordinamento spaziale. In tempi di stabilità si vengono a creare consuetudini e istituti giuridici relativamente stabili; in tempi di mutamento della struttura complessiva, invece, anche il riconoscimento *de jure* si trasforma in riconoscimento *de facto,* e il dilemma tra isolamento e intervento compare in dimensioni globali. La prassi internaziona-

listica degli uomini di Stato e dei giuristi americani ha in questo modo ampliato il concetto di *recognition* fino a vedere in esso un generico atto d'assenso estensibile a ogni fattispecie concreta, ogni avvenimento, ogni guerra e ogni mutamento territoriale che si verifichi sulla terra. Torneremo presto su questa *dottrina Stimson*. Ma trattiamo anzitutto alcuni esempi particolarmente istruttivi per il nostro tema del riconoscimento giuridico-internazionale, sviluppando il loro carattere di modello al fine di comprendere con la massima precisione il dilemma tra isolamento e intervento. Tali esempi sono il riconoscimento degli insorti come *belligeranti* e il riconoscimento di un nuovo *governo*. Entrambi sono particolarmente istruttivi ai fini della questione dell'ordinamento spaziale, poiché fanno capire in modo quanto mai chiaro che l'intervento è inseparabile da ogni forma di esistenza giuridico-internazionale e indica, nel sistema complessivo del diritto internazionale, il punto in cui la guerra si converte in guerra giusta - il che vuol dire: in guerra civile. Prima delle due guerre mondiali la rappresentazione della guerra negli Stati Uniti si era potuta formare - se si eccettuano le guerre coloniali e le guerre con gli Indiani — soltanto in base alla grande esperienza di due *guerre civili:* la guerra d'indipendenza del 1775-83 e la guerra di secessione del 1861-65. In entrambi i casi, ma soprattutto nel caso della guerra di secessione, la questione del *riconoscimento di insorti e di fazioni della guerra civile* stava al centro dell'attenzione giuridico-internazionale.

b) *La problematica relativa al riconoscimento di ribelli (a partire dall'esempio della guerra di secessione)*

Il diritto internazionale europeo dei secoli XVIII e XIX aveva fatto del riconoscimento degli insorti quali belligeranti, quale *parte in guerra,* una sorta di istituto giuridico. La problematica specifica consisteva nel fatto che il concetto puramente *inter*statale di guerra tipico del diritto internazionale europeo veniva applicato a una lotta puramente *intra*statale, a una guerra civile. Veniva così sollevato, assieme a quello di una guerra non discriminante, il problema dell'intervento di uno Stato negli affari interni di un altro Stato sovrano. L'istituto giuridico del riconoscimento dei ribelli quali belligeranti era sorto in Vattel dall'idea della neutralità connessa a quella della non-ingerenza (cfr. p. 200). Ma riconoscere i ribelli quali belligeranti significa evidentemente innalzarli di rango in maniera assai rilevante e fondamentale. Per il governo legale ciò significa invece subire una degradazione e una forte ingerenza. E' proprio la pretesa neutralità che comporta quest'ingerenza. Ciò che altrimenti, tanto dal punto di vista interno allo Stato quanto da quello esterno, appare da una parte come ribellione, alto tradimento, fellonia e crimine, e dall'altra parte come esecuzione penale, giustizia e polizia, diviene ora per lo Stato che esercita il riconoscimento un *bellum justum* nel senso del concetto non discriminante di guerra interstatale, e il governo legale dello Stato non può fare altro che subire questa sorprendente trasformazione che avviene a suo svantaggio. La legalità o la legittimità di una *justa causa,* che per un governo minacciato da ribelli costituiscono l'aspetto essenziale, diventano ora da un punto di vista giuridico inessenziali come lo è l'illegalità dei ribelli criminali.

Nonostante ciò, un governo legale - e riconosciuto come legale - di uno Stato sovrano deve subire, là dove risulta in vigore un simile istituto giuridico, un simile sorprendente innalzamento di rango dei propri nemici interni e illegali, nonché la conseguente *deminutio,* sotto il profilo del diritto inter-

nazionale, del proprio diritto. La problematica interna di un tale istituto si risolve solo dal punto di vista dell'ordinamento spaziale complessivo del diritto internazionale. In realtà i precedenti casi di riconoscimento come belligeranti di solito ricordati non erano altro che l'espressione del controllo e dell'intervento esercitato dalle potenze dominanti, le quali davano luogo in questa maniera a guerre ufficiali nel senso giuridico-internazionale, riconoscevano *justi hostes* e infine provocavano quei mutamenti territoriali che esse stesse ritenevano compatibili. Il riconoscimento degli insorti greci (1821) da parte delle potenze europee dominanti è a questo proposito un tipico esempio. Tale riconoscimento non era che l'espressione del controllo europeo esercitato nei confronti del declinante Impero ottomano, che a quel tempo non era ancora stato neppure riconosciuto come membro dell'ordinamento internazionale europeo e non apparteneva quindi all'ordinamento spaziale europeo più ristretto, con la conseguenza che il suo territorio era ancora in un certo senso libero dal punto di vista del diritto internazionale eurocentrico. Il fatto che questo atto eurocentrico, intrapreso dalle grandi potenze europee nei confronti di un impero non europeo, dovesse poi diventare un precedente per vere e proprie guerre civili intraeuropee era un segno di superficiali generalizzazioni. Allo stesso modo, era e-spressione della politica delle grandi potenze europee nei confronti di Stati europei più deboli il fatto che i rivoluzionari italiani guidati da Garibaldi fossero riconosciuti nel 1859 quali belligeranti. Non appena venne a cadere l'ordinamento spaziale del comune diritto internazionale europeo, tali riconoscimenti persero il loro significato. Per questo motivo nel corso della guerra civile spagnola (1936-39) non si pervenne più per nessuna delle due parti a un riconoscimento in quanto belligerante, e il cosiddetto comitato per la non-inge-renza, cui partecipavano le potenze

di allora, rivelò ancora una volta sotto il suo nome l'intrinseco nichilismo del diritto internazionale europeo del tempo.

Alla prassi del riconoscimento tipica di un diritto internazionale eurocentrico si contrapponeva nell'emisfero occidentale una prassi corrispondente. Nel 1816 il governo degli Stati Uniti aveva riconosciuto come belligeranti i rivoluzionari dell'America meridionale e centrale, nella loro lotta contro il governo spagnolo e portoghese (Buenos Aires, la Colombia e il Messico contro la Spagna; il Brasile e Artigas contro il Portogallo). Il presidente degli Stati Uniti, James Monroe, aveva fin dal 1817 tenuto al corrente su tutto ciò il Congresso mediante messaggi annuali, fino a che nel 1822 i belligeranti americani furono riconosciuti come Stati indipendenti. Nel grande messaggio di Monroe del 2 dicembre 1823 è esplicitamente nominato il riconoscimento dei belligeranti sudamericani, che vi veniva presentato come espressione della perfetta neutralità statunitense rispetto al conflitto tra i belligeranti e il governo spagnolo. In realtà questa politica e questa prassi degli Stati Uniti derivavano già dalla pretesa di diritto internazionale relativa alla linea dell'emisfero occidentale, enunciata apertamente nel messaggio del 1823. Si giunse a un conflitto particolarmente interessante allorché ebbe inizio la guerra di secessione americana e nel maggio 1861 gli Stati del Sud insorti vennero riconosciuti quali parti in guerra da alcune grandi potenze europee come l'Inghilterra e la Francia. Adesso non si trattava più dell'ordinamento spaziale intraeuropeo o intra-americano, bensì dei confini del diritto internazionale europeo fino ad allora vigente e del rapporto tra i due grandi spazi al di qua e al di là della linea globale dell'emisfero occidentale. Questo caso di riconoscimento dei belligeranti dell'anno 1861 è quindi del tutto a sé stante. Esso non poteva diventare un *test case* per il diritto internazionale eurocentrico e neppure essere applicato a un vero e proprio

test case del diritto internazionale eurocentrico. In compenso esso è in se stesso tanto più importante e istruttivo agli effetti del nuovo problema spaziale della terra, che fu sollevato non appena l'emisfero occidentale si contrappose con una propria dignità alla vecchia Europa.

La grande controversia che si instaurò tra il governo degli Stati Uniti d'America e le due grandi potenze dell'Europa occidentale in seguito al riconoscimento degli Stati confederati del Sud si protrasse per tutto un decennio. Ebbe inizio con la proclamazione inglese del 13 maggio 1861 e con quella francese del 10 giugno dello stesso anno, e dopo la revoca di tali riconoscimenti (nel giugno 1865) si protrasse a lungo fino al dibattito successivo sul caso Alabama (1871). La posizione degli Stati Uniti era assai difficile, sia sul piano teorico che su quello pratico. I governi inglese e francese si potevano invece richiamare a opinioni generalmente riconosciute e ad autori illustri come Vattel e Wheaton. Potevano anche riferirsi ai precedenti della Grecia (1821) e del Sudamerica (1822), o addirittura ricordare la celebre dichiarazione di neutralità che lo stesso presidente George Washington aveva reso pubblica il 22 aprile 1793 durante la guerra rivoluzionaria tra la Francia giacobina e la coalizione antirivoluzionaria guidata dall'Inghilterra e dall'Austria. Invece il governo degli Stati Uniti d'America non poteva far valere nella situazione politica di allora quello che era il proprio argomento specifico, ovvero il punto di vista spaziale dell'emisfero occidentale e della dottrina Monroe. Proprio questi anni dal 1861 al 1864 segnano anzi il periodo critico del più forte oscuramento della dottrina Monroe. Il richiamo dei governi europei al precedente greco del 1821 era in fondo offensivo per il governo dell'Unione. Ma quest'ultimo non ne fece parola nelle sue argomentazioni. Le note e i comunicati scritti del governo dell'Unione non negavano tanto sul piano generale dei prin-

cìpi il diritto di riconoscere gli insorti quali belligeranti; rimproveravano soltanto il carattere frettoloso e non necessario del riconoscimento stesso, che era avvenuto senza alcuna verifica e senza alcuna trattativa con il governo legale. Anche nel fatto che le due potenze, l'Inghilterra e la Francia, avevano operato insieme in questa circostanza gli Stati Uniti ravvisavano una scorrettezza e una mancanza di cortesia. Per contro facevano rilevare ripetutamente l'unità inviolabile e l'indivisibilità degli Stati Uniti, sostenendo così che ogni riconoscimento di ribelli da parte di un altro Stato veniva a creare un difficile problema, e che anzi un simile riconoscimento risultava in fondo intrinsecamente impossibile sul piano del diritto internazionale.

Da questo punto di vista è particolarmente istruttiva una lettera che il delegato americano a Londra, Charles Francis Adams, inviò il 21 maggio 1861 al segretario di Stato a Washington, Mr Seward. Adams faceva riferimento a un discorso del Lord cancelliere inglese, il quale aveva affermato che in seguito al riconoscimento degli Stati del Sud quale parte belligerante la guerra proseguiva come *justum bellum*. Al reclamo presentato dal delegato americano il Lord cancelliere aveva replicato che egli aveva con ciò riconosciuto il solo dato di fatto della guerra e che aveva parlato di *justum bellum* esclusivamente in termini tecnici — cosa che nelle circostanze date appariva difficilmente evitabile, ma che voleva significare solo che la guerra in oggetto, anche a voler lasciare impregiudicata la questione della sua giustizia, era pur sempre una guerra nel senso del diritto internazionale ed era quindi sottoposta alle regole di una moderna e civile condotta di guerra. La proclamazione della regina inglese non voleva avere altro significato.[1] In una lettera del 21 giugno 1861 a Lord Lyons, rappresentante inglese a Washington, il ministro degli Esteri Lord Russell tornò nuovamente su questo punto,

giungendo a formulare una distinzione che — eliminando consapevolmente la questione della *justa causa* — rientrava completamente nella tradizione classica della dottrina del *bellum justum*. Il ministro degli Esteri inglese diceva di aver accennato, nel suo discorso alla Camera bassa, solo all'esempio del riconoscimento degli insorti greci, per fare uso della sana massima politica di Canning secondo cui la questione della belligeranza non costituisce un problema di principio, ma esclusivamente un problema di fatto; solo le dimensioni e le forze delle fazioni in lotta contro il governo, e non già la bontà della loro causa (« not the goodness of their cause ») dava loro diritto al carattere e al trattamento di belligeranti.

Tali formulazioni mostrano con quanta forza anche i giuristi inglesi si situassero all'interno della tradizione classica del concetto di guerra interstatale. Se essi continuavano a parlare della loro *neutralità* nei confronti di entrambe le parti in lotta nel quadro della guerra civile, intendevano in realtà esclusivamente applicare il concetto non discriminante di guerra interstatale a una guerra civile intrastatale. Ma proprio in ciò consisteva la grande questione, e per questo è ben comprensibile la profonda irritazione del governo americano. Tanto da un punto di vista pratico, quanto da un punto di vista morale e giuridico, il riconoscimento degli insorti è qualcosa di completamente diverso da una constatazione di fatto o da un'enunciazione meramente dichiarativa. Ogni riconoscimento che una grande potenza pronuncia nei confronti degli insorti di un altro Stato rafforza il potenziale di lotta non solo morale, giuridico e propagandistico, ma anche militare di questi insorti, rei di alto tradimento e di sabotaggio, e ciò in modo immediatamente effettivo. Di fronte a questo dato di fatto tutte le affermazioni relative al carattere soltanto fattuale o dichiarativo del riconoscimento sono semplicemente false. Se si astrae dalla *justa causa* e si riconosce un *bellum justum*

degli insorti, ciò rappresenta per il governo legale — proprio in ragione dell'astrazione da tutte le questioni giuridiche - un grave danno e anche un grave torto. In realtà il governo americano attaccava con la sua argomentazione lo stesso istituto giuridico del riconoscimento degli insorti quali belligeranti, non solo perché il riconoscimento di una guerra interna allo Stato era incompatibile con l'unità e l'indivisibilità della sovranità statale, ma anche perché l'equiparazione giuridica tra un governo legale e i suoi nemici illegali, interni allo Stato, non appariva affatto come l'espressione di una perfetta neutralità. Al contrario, comportava la valutazione di un evento interno allo Stato divergente da quella del governo competente, venendo in tal senso a costituire una forma di *intervento* piena di conseguenze.

Sotto questo punto di vista merita ancora un cenno particolare l'istruzione del 19 giugno 1861, che il segretario di Stato Seward indirizzò a Charles Francis Adams. In essa si diceva che il governo americano non poteva accettare di discutere la posizione inglese, considerata la sovranità degli Stati Uniti; gli Stati Uniti erano pur sempre gli unici ed esclusivi sovrani sui territori che avevano legittimamente acquisito e da lungo tempo posseduto; essi erano legati da vincoli di amicizia con la Gran Bretagna e la Gran Bretagna doveva di conseguenza mantenersi estranea a ogni fazione e gruppo (*section)* interno al territorio americano, indipendentemente dal fatto che tali fazioni o gruppi si manifestassero *loyal* nei confronti degli Stati Uniti o meno; la Gran Bretagna non aveva assolutamente alcun diritto di qualificare (*qualify)* la sovranità degli Stati Uniti, e neppure di concedere ad una fazione, ad uno Stato o ad un gruppo diritti, interessi o poteri che fossero in contraddizione con la sovranità integrale dello Stato federale. L'insurrezione armata allora in atto non poteva configurare in alcun caso uno stato di guerra che pregiudi-

casse la sovranità del governo, creasse gruppi belligeranti e legittimasse Stati stranieri all'intervento o alla neutralità. A tale dichiarazione il segretario di Stato americano aggiungeva questa frase, che è importante per le nostre considerazioni successive: « Ogni altro principio ridurrebbe ovunque il governo a frutto del caso e del capriccio e *condurrebbe infine l'intera società umana a dissolversi in uno stato di guerra perpetua* ».[3]

c) *Il mutamento di significato del riconoscimento di un governo straniero*

Il documento americano del 1861 si basa sull'idea che la presa di posizione giuridica da parte di uno Stato in relazione ad accadimenti interni a un altro Stato può essere un'ingerenza contraria al diritto internazionale. Ciò è decisivo agli effetti del secondo tipo di riconoscimento giuridico-internazionale, che dobbiamo ora considerare nella prospettiva dell'emisfero occidentale. Si tratta del riconoscimento di un governo e della questione di quando un nuovo governo abbia bisogno di un riconoscimento particolare. Il diritto internazionale europeo aveva trovato su questo punto una soluzione abbastanza equilibrata, facendo del riconoscimento internazionale di Stati e governi una sorta di istituto giuridico, grazie al quale si teneva conto sia dell'interesse dello Stato esercente il riconoscimento a disporre di un partner contrattuale degno di fiducia, sia del principio di non-ingerenza negli affari costituzionali interni all'altro Stato. I più vecchi teorici del diritto internazionale del secolo XIX, come Lorimer e Bonfils, avevano elaborato (prescindendo dalla distinzione tra riconoscimento *de jure* e *de facto)* diversi tipi di riconoscimento: totale, parziale e naturale. All'interno dell'Europa, fino alla

fine del secolo XIX, il riconoscimento valeva come ammissione nella famiglia delle nazioni, come accettazione in un consorzio e quindi come atto costitutivo. Abbiamo già notato che Lorimer riteneva questa forma di riconoscimento come l'istituto fondamentale del diritto internazionale europeo. Ma nella stessa misura in cui l'ordinamento concreto del diritto internazionale europeo andava dissolvendosi, si perse anche la consapevolezza di questo carattere costitutivo. Così il riconoscimento giuridico-internazionale tanto di un nuovo Stato quanto di un nuovo governo divenne per la dottrina dominante non più un atto costitutivo di accettazione, e d'altra parte neppure una vuota formalità, ma un « attestato di fiducia » relativo ai rapporti tra Stato e Stato e tra governo e governo. L'elemento spaziale, contenuto in ogni riconoscimento di diritto internazionale, finì in questa costruzione per non essere più considerato. Nel complesso la prassi europea cercò di osservare, anche nella questione del riconoscimento, la difficile linea di equilibrio che sta tra un inammissibile intervento e un'astensione, praticamente impossibile, da ogni presa di posizione giuridica. Nel comportamento estremamente contraddittorio nei confronti dell'Unione Sovietica e del governo sovietico tra il 1917 e il 1924 la questione del riconoscimento era apparsa come il problema-chiave del nuovo ordinamento mondiale. Si rivelò allora il quadro della reale situazione in atto nel mondo: un nuovo grande spazio territoriale a est dell'Europa, una comunità giuridico-internazionale europea in pieno disfacimento, un emisfero occidentale ancora incerto nel dilemma tra isolamento e intervento, e infine una Lega di Ginevra confusa e impotente.

Sul suolo americano l'estremo contrasto tra non-intervento e intervento, proprio a proposito del riconoscimento di nuovi governi, venne in luce in modo così diretto e netto che anche sotto questo punto di vista l'emisfero occidentale ap-

parve come l'immagine speculare, ingrandita e resa più grossolana, della problematica europea del secolo XIX. Secondo la cosiddetta dottrina *Tobar,* che stava alla base di un accordo tra le repubbliche dell'America Centrale (Costarica, Guatemala, Honduras, Nicaragua e Salvador) del 20 dicembre 1907, non doveva essere riconosciuto il governo di alcun altro Stato che fosse pervenuto al potere in seguito ad un colpo di Stato o ad una rivoluzione, fino a che quest'ultimo non si fosse organizzato costituzionalmente attraverso una rappresentanza popolare liberamente eletta. Con ciò la forma democratica di manifestazione della legalità e della legittimità era dichiarata standard di diritto internazionale. La prassi del presidente Wilson elevò poi questo standard di legalità democratica a principio giuridico internazionale nell'ambito dell'emisfero occidentale. Conformemente vennero riconosciuti solo quei governi che erano legali nel senso di una costituzione democratica. Che cosa *democratico* e *legale* significassero in concreto veniva in pratica definito, interpretato e sanzionato ovviamente dallo stesso governo che esercitava il riconoscimento, vale a dire nel nostro caso dal governo degli Stati Uniti. Evidentemente tale dottrina e tale prassi del riconoscimento di nuovi governi avevano un carattere interventistico. Nell'emisfero occidentale ciò portò al risultato di rendere effettivamente controllabile da parte del governo di Washington ogni mutamento di costituzione e di governo di un altro Stato americano. Finché gli Stati Uniti si limitarono all'emisfero occidentale, tutto ciò riguardò solo questo grande spazio. Non appena però essi avanzarono la pretesa globale di un interventismo mondiale, la questione finì per toccare ogni altro Stato della terra.

Ma in terra americana nacque anche una costruzione che si contrapponeva radicalmente a questa, e che si richiamava all'indipendenza di ogni Stato. Con essa il riconoscimento

giuridico-internazionale venne dichiarato già *in quanto tale* un mezzo inammissibile di intervento internazionale, e venne respinto. Questo punto di vista ha il valore dialettico di un'antitesi coerente e mantiene questo valore, benché sul piano del potere politico non consista che in un gesto impotente. Era questa la concezione espressa dalla dottrina messicana di *Estrada*. Essa arrivava coerentemente a rifiutare ogni riconoscimento come contrario al diritto internazionale, anzi a considerarlo come un'offesa rivolta allo Stato o al governo che si pretendeva di riconoscere.[4] Tutte le relazioni reciproche di diritto internazionale tra Stati, governi e fazioni di una guerra civile venivano pertanto ridotte a semplici relazioni fattuali che variavano caso per caso. Tutti i riconoscimenti *de jure,* e perfino tutti i riconoscimenti *de facto,* scomparvero; restarono solo relazioni *de facto.* Si manifesta qui già l'antitesi alla prassi centralistica globale del riconoscimento.[5]

La prassi interventistica sviluppa quale proprio strumento tipico e specifico un concetto generale di *riconoscimento* e di *non-riconoscimento* giuridico-internazionale. Questi due concetti si riferiscono non solo al riconoscimento di nuovi Stati e governi, come era nella prassi tradizionale del diritto internazionale europeo fino ad allora vigente. Essi sono anche un'approvazione o una disapprovazione nel senso di una presa di posizione giuridica nei confronti di ogni mutamento ritenuto importante, in particolare di ogni trasformazione territoriale. Tutto ciò trovò la sua prima formulazione autentica nella cosiddetta dottrina Stimson. Questa dottrina si collega giuridicamente al patto Kellogg del 1928. Le sue prime documentazioni risalgono all'anno 1932.[6] Analogamente il governo degli Stati Uniti si riservò in ogni parte della terra il diritto di negare il « riconoscimento » a mutamenti di possesso che fossero avvenuti con l'uso illegittimo della forza. Questo significa che gli Stati Uniti avanzavano la pretesa di deci-

dere, al di là della distinzione tra emisfero occidentale ed emisfero orientale, sulla liceità o illiceità di ogni mutamento territoriale in tutta la terra. Tale pretesa riguardava l'ordinamento spaziale della terra. Ogni avvenimento in qualsiasi punto della terra poteva riguardare gli Stati Uniti. « An act of war in any part of the world is an act that injures the interests of my country». Queste parole del presidente Hoover (1928) furono poste da Stimson a fondamento della propria dottrina, in funzione centrale. La prassi dello *jus publicum Europaeum* cercava di ricomprendere i conflitti nel quadro di un sistema dell'equilibrio; ora invece essi venivano universalizzati nel nome dell'unità del mondo. « Senza la nostra nuova prospettiva (ovvero la dottrina Stimson) » aveva affermato lo stesso segretario di Stato Stimson a proposito del conflitto est-asiatico « gli avvenimenti della lontana Manciuria non riguarderebbero per nulla, stando al diritto internazionale fino a oggi vigente, gli interessi degli Stati Uniti».[7] Ma la nuova prospettiva giustificava interventi in tutte le questioni importanti, di carattere politico, sociale ed economico, della terra.

La dichiarazione di Stimson dell'8 agosto 1932 conteneva anche — e in maniera del tutto consapevole — l'espresso rifiuto della guerra-duello e l'aperto passaggio alla criminalizzazione. Ciò anche se la parola *crime* non compariva ancora in questo contesto e si parlava invece soltanto di illegalità (*illegality*) e di trasgressori della legge (*wrongdoers* e *lawbreakers)* ma non diretta-mente di criminali *(criminals)*.[8]

Dobbiamo ricordare qui ancora una volta le parole pronunciate nel 1861 dal segretario di Stato Seward, che abbiamo già citato. Allora, all'inizio della guerra di secessione, gli Stati Uniti erano su una posizione difensiva, incline all'isolamento. La dichiarazione del 1932 impostava invece la nuova dottrina su basi interventistiche. Lo stesso segretario di Stato Stimson aveva precisato la sua concezione dello spazio in una

conferenza tenuta il 9 giugno 1941 di fronte ai cadetti di Westpoint. La terra intera, egli affermava, non era allora più grande di quanto all'inizio della guerra di secessione, nel 1861, fossero gli Stati Uniti d'America, i quali già a quel tempo erano troppo piccoli per contenere il conflitto che divideva gli Stati del Nord da quelli del Sud.

È questa in effetti un'affermazione davvero importante per il problema del nuovo nomos della terra, soprattutto se si richiamano alla memoria le precisazioni che abbiamo fatto a proposito del principio *cujus regio, ejus oeconomia* e del suo rovesciamento altamente moderno *cujus oeconomia, ejus regio.*

Con ciò interrompiamo la nostra esposizione.

Note

1 Il passo è importante al punto che è opportuno citarlo integralmente: « Under such circumstances it seemed scarcely possible to avoid speaking of this in the technical sense as *justum bellum,* that is a war of two sides, without in any way implying an opinion of its justice, as well as to withhold an endeavour, so far as possible, to bring the management of it within the rules of modern civilized warfare. This was all that was contemplated by the Queen's proclamation. It was designed to show the purport of existing laws, and to explain to British subjects their liabilities in case they should engage in the war. And however strongly the people of the United States might feel against their enemies, it was hardly to be supposed that in practice they would now vary from their uniformly humane policy of war». Quest'ultima osservazione del Lord cancelliere trascura la connessione esistente tra guerra e

guerra civile (Bruns, *Fontes Juris Gentium*, ser. B, sezione 1, tomo 1, parte seconda, p. 106).

2 « I had quoted in the House of Commons the case of the Turks and Greeks in order to avail myself of the sound maxim of policy enunciated by Mr Canning, that the question of belligerent rights is one, not of principle, but of fact, that the size and strenght of the party contending against a Government, and not the goodness of their cause, entitle them to the character and treatment of belligerents » *(ibid,* p. 109).

3. « This government could not, consistently with a just regard for the sovereignty of the United States, permit itself to debate these novel and extraordinary positions with the government of her Britannic Majesty; much less can we consent that that government shall announce to us a decision derogating from that sovereignty, at which it has arrived without previously conferring with us upon the question. The United States are still solely and exclusively sovereign within the territories they have lawfully acquired and long possessed, as they have always been. They are at peace with all the world, as, with unimportant exceptions, they have always been. They are living under the obligations of the law of nations, and of treaties with Great Britain, just the same now as heretofore; they are, of course, the friend of Great Britain, and they insist that Great Britain shall remain their friend now just as she has hitherto been. Great Britain, by virtue of these relations, is a stranger to parties and sections in this country, whether they are loyal to the United States or not, and Great Britain can neither rightfully qualify the sovereignty of the United States, nor concede nor recognize any rights or interests of power of any party, State, or section in contravention to the unbroken sovereignty of the Federal Union. What is now seen in this country is the occurrence, by no means peculiar, but frequent in all countries, more frequent even in

Great Britain than here, of an armed insurrection engaged in attempting to overthrow the regularly constituted and established government. There is, of course, the employment of force by the government to suppress the insurrection, as every other government necessarily employs force in such cases. But these incidents by no means constitute a state of war impairing the sovereignty of the government, creating belligerent sections, and entitling foreign States to intervent or to act as neutrals between them, or in any other way to cast off their lawful obligations to the nation thus for the moment disturbed. Any other principle than this would be to resolve government everywhere into a thing of accident and caprice, and *ultimately all human society into a state of perpetual war* » *(ibid.*, pp. 108-109).

4 Questa dottrina deve il proprio nome al ministro degli Esteri messicano Genaro Estrada. Il testo fondamentale della sua dichiarazione dice: « Dopo attente valutazioni il governo messicano ha informato i propri ministri e i propri incaricati di affari nei paesi colpiti dalle recenti crisi politiche di non avere più l'intenzione di procedere ad atti di riconoscimento, ritenendo che tali atti non solo offendono la sovranità di altri Stati, ma hanno anche il significato di consentire un giudizio sulle vicende interne di altre nazioni da parte di governi stranieri, in quanto questi ultimi pretenderebbero di fare una sorta di critica, qualora decidessero - in senso positivo o negativo — sulle qualità giuridiche di altri governi ». Il testo di questa dichiarazione è stato pubblicato nell'« American Journal of International Law », 25, supplemento, p. 203.

5. Sotto questo punto di vista merita attenzione il fatto che « la moderna politica svizzera del riconoscimento ha molti elementi in comune con questa dottrina messicana ». « Il comportamento delle autorità confederali nei confronti del governo di Franco ricordava sotto un certo punto di vista la

dottrina di Estrada … Si può quasi affermare che il Consiglio federale con il suo comportamento (vale a dire evitando di procedere a un riconoscimento *de jure* e anche a un riconoscimento *de facto,* ma riservandosi di decidere liberamente caso per caso) ha tratto l'unico insegnamento giusto dalla cognizione che oggi tutte le questioni del riconoscimento siano determinate dalla politica e non da considerazioni giuridiche ». E' quanto si dice nello studio dello svizzero Peter Stierlin su *Die Rechtsstellung der nichtanerkannten Regierung im Völkerrecht* (Zürcher Studien zum Internationalen Recht, collana a cura di H. Fritzsche e D. Schindler), Zürich, 1940, pp. 29 e 200. Le frasi citate sono tanto più importanti poiché la Svizzera è sempre stata un modello di correttezza giuridica internazionale.

6 La dottrina Stimson si trova ampiamente esposta in una nota di egual tenore, del 7 gennaio 1932, diretta alla Cina e al Giappone, e in un discorso pronunciato dallo stesso segretario di Stato Stimson di fronte al Council of Foreign Relations l'8 agosto 1932 (The Department of State, Publication n. 357). Nella nota del 7 gennaio si dice che il governo USA « non intende riconoscere alcuna situazione, alcun patto e alcuna convenzione ottenuti con mezzi che contravvengano agli accordi e agli obblighi derivanti dal trattato del 27 agosto 1928 (patto Kellogg) ». Una risoluzione della Lega di Ginevra dell' 11 marzo 1932 dichiara analogamente che « i membri della Lega sono tenuti a non riconoscere alcuna situazione, alcun patto e alcuna convenzione ottenuti con mezzi che contravvengano al patto della Società delle Nazioni o al patto di Parigi (patto Kellogg) ». In una dichiarazione del 3 agosto 1932 diciannove Stati americani affermano a proposito della guerra del Chaco tra Bolivia e Paraguay che « essi non riconosceranno una regolamentazione territoriale dell'attuale controversia (cioè del Chaco) che non sia stata raggiunta con

mezzi pacifici così come non riconosceranno la validità di acquisizioni territoriali conseguite sulla base dell'occupazione o della conquista con l'uso delle forze armate». Il patto Saavedra-Lamas seguì il 10 ottobre 1933.

7 Dal discorso dell'8 agosto 1932, già sopra citato: « Except for this viewpoint and these covenants (= patto Kellogg e ordinamento della Società delle Nazioni) these transactions in far-off Manchuria, under the rules of international law theretofore obtaining, might not have deemed the concern of the United States ».

8 *Loc. cit*« It (= war) is an illegal thing. Hereafter when two nations engage in armed conflict either one or both of them must be wrongdoers - violators of this general treaty law (= the Briand-Kellogg treaty). *We no longer draw a circle about them and treat them with the punctilios of the duelist's code. Instead we denounce them as lawbreakers* ».

7. *La guerra con i moderni mezzi di annientamento*

Le odierne scienze naturali forniscono a ogni detentore del potere strumenti e metodi che trascendono il concetto di arma e, con esso, anche quello di guerra. Lo sviluppo dei moderni mezzi di annientamento si accompagna al mutamento di significato della guerra. Anzi, lo rafforza ancora di più. Fino ad oggi esso è andato di pari passo con il corso della criminalizzazione.

Per quanto riguarda il nostro tema, ci limiteremo a esporre alcune prospettive spaziali che rendono più chiara l'immagine spaziale delle guerre del diritto internazionale europeo tradizionale.

a) *L'immagine spaziale di un teatro di guerra suddiviso secondo terra e mare*

Il diritto internazionale europeo dell'epoca interstatale era riuscito a ottenere, nei secoli XVIII e XIX, una limitazione della guerra. L'avversario bellico era riconosciuto come *justus hostis* e differenziato dal ribelle, dal criminale e dal pirata. La guerra aveva perduto il suo carattere penalistico e, con esso, le sue tendenze punitive, nella misura in cui era venuta a cessare la discriminazione tra una parte giusta e una ingiusta.

La neutralità potè diventare una vera e propria istituzione giuridica internazionale, poiché la questione della causa giusta, della *justa causa,* era divenuta irrilevante per il diritto internazionale.

In questo modo la guerra si trasformò in una relazione tra Stati sovrani tra loro equiparati. Gli avversari, riconosciuti da entrambe le parti in egual misura quali *justi hostes,* si contrapponevano l'uno all'altro sul medesimo piano. Questa eguaglianza tra le due parti in guerra — dichiarata già nei secoli XVI e XVII come *aequalitas hostium* da quelli che erano stati i veri fondatori del diritto internazionale europeo, Alberico Gentile e Richard Zouch — fu tuttavia configurata compiuta-mente solo nei secoli XVIII e XIX, e solo nel quadro della *guerra terrestre* europea. Sia la guerra civile sia la guerra coloniale erano rimaste fuori della limitazione. Fu esclusivamente la guerra terrestre europea di quest'epoca a essere condotta da entrambe le parti quale confronto tra forze in lotta organizzate in forma statale. Per il fatto che la guerra era rivolta contro nemici, e non contro ribelli, criminali o pirati, fu possibile tenere in considerazione le istituzioni giuridiche. In particolare, divenne possibile vedere nei prigionieri di guerra e nei vinti non più l'oggetto di una punizione, di una vendetta o di una cattura di ostaggi, trattare inoltre la proprietà privata non più direttamente come bottino di guerra e concludere infine trattati di pace con ovvie clausole d'amnistia.

Nella guerra marittima si svilupparono altre istituzioni di diritto bellico. Anche qui si affermarono considerazioni di tipo umanitario. Ma la moderna battaglia navale non avviene secondo il modello della guerra terrestre. Una nave da guerra affonda, ed era ormai raro che nella guerra marittima tra nazioni europee una nave da guerra potesse issare bandiera bianca e consegnarsi al nemico come una fortezza nella guer-

ra terrestre. E' noto poi che la guerra marittima rimase una guerra commerciale ed economica nella quale si combattevano fra di loro non soltanto flotte militari di Stato. La guerra marittima era e rimase, direttamente come tale, una guerra di preda. Essa era rivolta immediatamente contro la proprietà privata del nemico e addirittura contro quella neutrale. Era e rimase una guerra commerciale, dove va osservato che il commercio nella concezione del secolo XIX era per sua natura libero, vale a dire non statale e privato.[1] Fino al bando ufficiale della guerra di corsa, avvenuto durante la conferenza di Parigi del 1856, prendevano parte attiva alla guerra marittima anche privati autorizzati statualmente. La guerra di secessione americana degli anni 1861-65 era stata ancora, in gran misura, una guerra di questo genere. Ma anche dopo il bando della guerra di corsa il privato e la sua proprietà continuarono a essere direttamente l'oggetto passivo della guerra marittima e del diritto di preda marittimo. I violatori dei blocchi e i contrabbandieri, la cui proprietà costituiva una preda a buon diritto, erano dei privati e non degli Stati. La rottura di un blocco e il contrabbando da parte di navi commerciali neutrali non significavano la rottura della neutralità, ma azioni intraprese nello spazio del mare libero — cioè non statale — da parte di liberi commercianti, non dipendenti da uno Stato; ne conseguiva che la proprietà privata, cioè non statale, poteva essere fatta immediatamente oggetto di bottino o di preda legittima da parte di uno Stato belligerante mediante un'azione bellica.

In tale guerra marittima non esiste quindi la pura eguaglianza tra le parti, come quella coerentemente realizzata dalla guerra statale europea — un'eguaglianza che la guerra terrestre europea, puramente militare, del secolo XIX aveva sviluppato in istituti giuridici classici come l'*occupatio bellica,* e che si basava sul fatto che Stati sovrani si confrontavano gli

uni con gli altri sullo stesso piano, rispettandosi reciprocamente come tali anche in guerra. Nella guerra marittima una nave da guerra, cioè un elemento della marina militare statale, intraprende azioni ostili *direttamente contro privati in quanto tali*. Il confronto ostile non riguarda qui Stati equiparati tra loro in quanto potenze organizzate. Qui stanno piuttosto di fronte, da una parte, uno Stato sovrano e, dall'altra, un privato — diverso da ogni Stato, e in particolare dal proprio Stato di bandiera — il quale non può essere in quanto tale di natura eguale a quella di uno Stato sovrano belligerante, e non può quindi lottare con esso sullo stesso piano, benché possa nel corso della guerra marittima entrare in diretta collisione con esso.

Questo privato, che esercita il proprio privato commercio, che viola un blocco o che fa del contrabbando, viene considerato dalla potenza marittima belligerante come un nemico. E' per*ò justus hostis?* Egli non lo può essere come lo è uno Stato sovrano equiparato. D'altra parte non viene neppure trattato come un nemico nel senso della guerra di annientamento contro criminali e pirati. I violatori di blocchi e i contrabbandieri, anzi, a rigore non agiscono neppure in maniera contrastante con il diritto internazionale, ma soltanto a proprio rischio privato. Non agiscono illegalmente, ma rischiosamente. La cosa è possibile, perché entrambi i comportamenti, la rottura del blocco e il contrabbando, si svolgono sostanzialmente nella terra di nessuno caratterizzata da una duplice libertà (cioè non-statalità): in primo luogo, da un punto di vista spaziale, nel campo del mare libero e in secondo luogo, da un punto di vista materiale e contenutistico, nel campo del libero commercio. Ma tanto lo Stato che conduce una guerra marittima esercitando il diritto di preda, quanto il privato che esercita il commercio, e la cui nave o proprietà viene fatta oggetto del diritto di preda dello Stato, compaiono

poi di fronte a un tribunale delle prede e sono entrambi sottoposti alla sentenza pronunciata da un giudice indipendente rispetto allo Stato belligerante, il quale fa valere le regole internazionali del diritto di preda. In questo modo resta salvaguardato il principio dell'eguaglianza giuridica e della pariteticità formale che nella guerra statale pura viene fondata sulla qualità di *justus hostis* e sull'*aequalitas* delle due parti in quanto nemiche. Distruggendo la concezione specifica-mente statale dello *justus hostis* si distrugge anche l'essenza della guerra terrestre limitata dal diritto internazionale, con tutti i suoi classici istituti giuridici. Nella guerra marittima era la giurisdizione delle prede l'elemento che permetteva di evitare, nella forma e nel principio, una siffatta distruzione.

Il significato del tutto straordinario che nell'ambito del diritto internazionale detiene la giurisdizione delle prede consiste dunque nel fatto che essa dà luogo anche nei confronti del *nemico non statale* alla possibilità del diritto e della reciprocità. Ecco il senso giuridico-internazionale di questa istituzione, essa pure classica. Il suo significato per il diritto di guerra marittimo è quindi fondamentale. Se questo diviene obsoleto, la stessa guerra marittima si trasforma. L'istituto era stato creato, nella sua elaborazione classica, dai grandi giudici delle prede dell'epoca napoleonica, dai quali era stato sviluppato — con chiara coscienza dell'intero contesto - non come istituzione statale nazionale, ma direttamente internazionale. Certo, il giudice delle prede veniva nominato e investito dal proprio Stato nazionale, ma i compiti e i poteri di cui era investito erano immediatamente internazionali, e non già statali-nazionali.

E' proprio di tutti questi istituti del diritto internazionale costruiti sulla base del principio giuridico e morale dell'eguaglianza configurare una contrapposizione spaziale situata *sullo stesso piano* nel teatro bellico. Nel diritto internazionale clas-

sico la guerra terrestre e la guerra marittima erano chiaramente distinguibili l'una dall'altra. La guerra terrestre del diritto internazionale europeo fino ad allora vigente era *puramente terranea*, la guerra marittima *puramente marittima*. I due ordinamenti spaziali che corrispondevano ai due tipi diversi di guerra erano chiaramente separati l'uno dall'altro anche sul piano spaziale. Era possibile che guerra terrestre e guerra marittima si incontrassero spazialmente e che con i mezzi della guerra terrestre si ottenessero effetti sul mare e viceversa. Ma con i mezzi tecnici del secolo XIX gli effetti della guerra terrestre sul mare non erano troppo considerevoli. Di maggior rilievo era la possibilità inversa, riguardante gli effetti della guerra marittima sulla terra. Il blocco di un porto o di un tratto costiero e il bombardamento di porti e città costiere costituiscono esempi evidenti di una guerra marittima che non è limitata allo spazio del mare, ma che con i suoi mezzi specifici produce effetti diretti sulla terraferma. Ma anche questa collisione tra guerra terrestre e guerra marittima si svolgeva solo al confine tra i due ambiti e non produceva effetti profondi nell'entroterra. Non costringeva ad esempio la potenza marittima autrice del blocco ad assumere obblighi di diritto internazionale per quanto riguardava il territorio oggetto del blocco e i suoi abitanti, come accadeva invece nel caso della *occupatio bellica* in cui la potenza continentale occupante li assumeva per la terra occupata e per i suoi abitanti. Il prolungarsi della guerra marittima sulla terraferma dava luogo soltanto a una serie di questioni di confine riguardanti l'estensione del blocco e del diritto di bottino e di preda: dava luogo ad esempio alla questione se il diritto di preda potesse essere esercitato sui fiumi, o al problema delle cosiddette prede di terra. La sostanza o puramente territoriale o puramente marittima dei due tipi di guerra non era però posta in dubbio da tali questioni di confine. Terra e mare continuavano a

essere come sempre due mondi chiaramente separati e distinguibili tra loro, quindi anche i teatri rispettivi di due tipi di guerra anch'essi chiaramente separati e diversi.[2]

L'umanità del secolo XIX si era abituata a scindere terra e mare come due ordinamenti spaziali e due superfici separate tra loro dal diritto internazionale, e a fare incominciare il mare libero oltre il confine della zona delle tre miglia che definiva le acque costiere. Ma essa era poco consapevole degli ordinamenti spaziali stessi e di ciò che ne derivava sul piano del diritto bellico. Il territorio dell'Inghilterra — potenza marittima — era ad esempio considerato, senza badare al carattere puramente marittimo di un impero insulare, come terraferma e come teatro di un'eventuale guerra terrestre al pari del suolo di una potenza continentale grande o piccola, come la Germania, la Russia o la Svizzera. Per i teorici del diritto internazionale di allora la terra era semplicemente tutta eguale. Per loro il porto di Londra — anche se navi in esso dirottate per essere ispezionate per il contrabbando e merci in esso depositate vi venivano catturate come prede di terra — era sotto il profilo *giuridico* terra, esattamente come lo era un campo di grano in Svevia. Il fondamentale problema dello spazio veniva portato a decisione in singole questioni trattate positivisticamente, o altrimenti in genericità svolte in chiave politico-polemica, ma mai nel quadro di un pensiero giuridico sistematico.

Un'opinione del tutto isolata, che non fu compresa e rimase inascoltata, merita tuttavia di essere ricordata oggi proprio per la sua assoluta singolarità. Si tratta del parere di un importante sociologo e teorico della scienza militare, il generale Gustav Ratzenhofer.[3] Questo soldato della monarchia austroungarica, dunque di una potenza continentale, aveva avvertito, dal punto di vista della sua esistenza essenzialmente terranea, il contrasto con l'esistenza puramente marittima

dell'In-ghilterra e ne aveva tratto ampie conseguenze sul piano del diritto internazionale, le quali — come abbiamo detto - furono trascurate dai giuristi del tempo, che non potevano nemmeno capirle. Ratzenhofer pensava che una guerra sul suolo inglese, qualora si fosse riusciti a farvi sbarcare truppe, non doveva essere condotta secondo le regole del diritto internazionale valide per la guerra terrestre, ma secondo il diritto di preda valido per la guerra marittima. Questo poiché l'Inghilterra si era attenuta nel complesso alla guerra marittima, rifiutando le limitazioni del diritto di preda che erano state stabilite con il diritto internazionale per l'ambito della guerra terrestre. Era questa una tesi che, a partire da un pensiero terraneo, cercava di trarre come conseguenza l'opportunità di fondamentali rappresaglie. Abbiamo però ricordato qui la tesi di Ratzenhofer solo per motivi euristici come un'eccezione — certo un'eccezione assai istruttiva, dal momento che rivela in tutta la sua profondità il contrasto tra terra e mare, e il contrasto tra i due tipi di guerra e le loro diverse concezioni del nemico, della guerra e della preda.

Faremo presto conoscenza con il quadro opposto che si prospetta dall'ambito del mare.

b) *La trasformazione dell'immagine spaziale del teatro di guerra*

Questo quadro spaziale dato dalle due superfici separate della terra e del mare doveva mutare fondamentalmente allorché un terzo genere di arma, l'aeronautica militare, venne ad aggiungersi all'esercito di terra e alla marina tradizionali. In un primo momento si ritenne però la nuova arma come un semplice potenziamento o incremento delle prime due, come una semplice pertinenza o un accessorio delle vecchie

armi e dei vecchi concetti, ad esse collegati, di nemico, guerra e preda, con le loro vecchie collocazioni spaziali in un teatro di guerra suddiviso in due settori. Ben presto si vide però che questo potenziamento e incremento toccava in realtà nel modo più profondo l'essenza stessa del tipo di guerra così potenziato e del suo relativo spazio. E' infatti senz'altro chiaro che una flotta da guerra protetta da aerei e incrementata in modo da estendersi entro lo spazio aereo non era più un'arma puramente marittima di vecchio stile, limitata alla superficie del mare libero. Come pure è chiaro che il diritto di preda marittima esercitato da aerei fa sostanzialmente mutare il carattere puramente marittimo del diritto di preda, e quindi la sua giustificazione giuridica tradizionale. Naturalmente si può utilizzare un aereo per esercitare il diritto di preda in alto mare, e si può sostenere anche l'opinione che nulla è cambiato da un punto di vista giuridico rispetto al tradizionale diritto di preda puramente marittimo, ma che si è soltanto aggiunto dal punto di vista puramente tecnico un nuovo, efficace mezzo per il controllo del commercio marittimo, per l'arresto e la cattura di navi, per il dirottamento, ecc. In realtà l'aereo annulla il carattere puramente marittimo del vecchio diritto di preda, perché annulla le superfici e i piani del mare libero e con essi la chiara contrapposizione tra i nemici.

Già il sottomarino aveva provocato una trasformazione dello spazio ricca di conseguenze. Il sottomarino è un mezzo puramente marittimo di combattimento o di trasporto che non è più legato alla superficie del mare libero, mentre nelle tradizionali rappresentazioni del teatro di guerra marittimo si pensava principalmente alla superficie del mare. Tutte le concezioni del diritto di guerra marittimo non poterono quindi non essere scombussolate allorché fecero la loro comparsa in numero rilevante i sottomarini, sia come mezzi per la guerra marittima, sia come mezzi per il commercio marit-

timo. Quando, durante la prima guerra mondiale (1916), i sottomarini commerciali *Deutschland* e *Bremen*, completamente disarmati, furono inviati dalla Germania negli Stati Uniti d'America per il trasporto di un carico di merci (nichel e gomma), non solo i governi inglese e francese affermarono che questi sottomarini commerciali erano di fatto navi da guerra, ma vi furono anche illustri giuristi inglesi che sostennero la tesi secondo cui i sottomarini erano *per loro stessa natura* navi da guerra e non potevano perciò essere considerati come navi commerciali nel senso del diritto internazionale fino ad allora vigente.[4] Questa tesi implicava una conseguenza teorica che derivava dall'ambito dell'esistenza marittima in modo non meno fondamentale di quanto derivasse dall'ambito di un'esistenza terranea la tesi sopra menzionata del generale Ratzenhofer.

L'impiego di sottomarini nella guerra marittima aveva mostrato già in pochi mesi, nel 1914, durante la prima guerra mondiale, l'effetto che avevano questi mezzi di trasformare lo spazio. L'esercizio del diritto di preda fu trasferito (con la cosiddetta « prassi di Kirkwall», introdotta nell'inverno del 1914-15) dal mare libero alla terraferma. Le navi commerciali venivano semplicemente dirottate e guidate in un porto appartenente alla potenza belligerante e là ispezionate da funzionari doganali, e non da ufficiali della marina. Una simile procedura d'ispezione, attuata nel porto della potenza belligerante ai fini del diritto di preda, era stata ritenuta contraria al diritto internazionale già da una sentenza arbitrale del tribunale dell'Aja del 1913, a proposito del caso *Carthage*, perché la concezione tradizionale legava ancora l'esercizio del diritto di preda alla superficie del mare libero. In molti altri casi fu affermato con grande perseveranza che una modificazione dei mezzi tecnici non intaccava la validità di norme riconosciute. La zona delle tre miglia, come abbiamo visto

(pp. 221 sgg.), si era mantenuta sempre identica anche quando la tecnica balistica aveva potenziato la gittata dei cannoni, la *vis armorum*, cento volte più di quelle tre miglia del secolo XVIII. Ora però, nella questione dei dirottamenti e del trasferimento dell'esercizio del diritto di preda dal mare alla terra, tutte le potenze belligeranti, richiamandosi a necessità tecniche, si adeguarono subito con sorprendente disinvoltura alla nuova prassi. In brevissimo tempo la sentenza dell'Aja del 1913 fu superata, e non fece la benché minima impressione ai teorici occidentali del diritto di guerra marittima il fatto che l'Unione Sovietica protestasse — con la sua nota al governo inglese del 26 ottobre 1939, riferita al caso *Carthage* — contro la prassi del dirottamento. Questa protesta non ebbe neppure alcun effetto riguardo al trasferimento del diritto di preda marittima dal mare alla terra. Il carattere sino ad allora puramente marittimo di quell'importante componente della guerra marittima che era l'esercizio del diritto di preda era già stato definitivamente colpito nella sua essenza dalla comparsa dei sottomarini.

Ma il sottomarino resta pur sempre nell'elemento del mare. L'aereo invece abbandona non solo la superficie del mare, ma anche lo stesso elemento marittimo. Se un aereo esercita il diritto di preda, la prassi del dirottamento diventa qualcosa di scontato, a meno che il mercantile da controllare non venga semplicemente annientato. Ciò significa in conclusione che con l'intervento dell'aeronautica militare l'esercizio del diritto di preda marittima si trasferisce in misura ancora maggiore dal mare aperto ai porti, dal mare alla terra, e la guerra commerciale sul mare acquista infine un carattere puramente territoriale. Il diritto di preda in alto mare diventa praticamente obsoleto, oppure è limitato a pochi casi. Tutto ciò che vi è di essenziale si svolge nei porti. Si afferma, senza resistenze degne di nota, la prassi del *Navy-Cert-System*, la qua-

le altro non è che una conseguenza inevitabile, un'espressione di questa territorializzazione della condotta di guerra marittima, nella misura in cui la guerra marittima — come ormai è nei fatti — è direttamente una guerra di preda.

Una seconda conseguenza spaziale, egualmente importante, della partecipazione degli aerei alla guerra marittima è data dal fatto che interi spazi del mare libero sono dichiarati zona di guerra o zona vietata, venendo dunque esclusi dall'ambito della libertà dei mari. Anche questa evoluzione, che possiamo ricordare qui solo con un cenno, era stata iniziata per la prima volta dal sottomarino nel corso della prima guerra mondiale. Con l'uso degli aerei essa fu potenziata fino all'incalcolabile e divenne assolutamente irresistibile. Va praticamente da sé che anche lo spazio aereo situato sopra la zona di mare vietata risulta incluso nella zona vietata stessa.

Già nell'ambito della guerra marittima tradizionale l'impiego dell'aereo aveva trasformato le caratteristiche tipiche di questa guerra. In seguito all'ingresso dell'aeronautica militare nella guerra marittima, l'alto mare, il mare libero, non è più lo spazio che viene presupposto come teatro di guerra, nel senso delle istituzioni classiche del diritto bellico marittimo. Ma la guerra aerea autonoma, che non si svolgeva nel quadro delle operazioni belliche di terra o di mare e che era condotta contro il potenziale bellico del nemico, rappresentò ancora di più un nuovo tipo di guerra, non comprensibile secondo l'analogia o il parallelismo con le regole del diritto di guerra terrestre o marittimo fino ad allora vigente. L'aeronautica militare autonoma porta con sé un nuovo tipo — egualmente autonomo - di uso della forza, delle cui specifiche conseguenze sui concetti di nemico, guerra e preda dobbiamo ora renderci conto.

c) *La trasformazione dello spazio nella guerra aerea*

E' noto che le potenze non sono riuscite finora ad accordarsi su alcuna precisa regolamentazione della guerra aerea. Il principio generale che solo obiettivi militari, o comunque di rilievo bellico, sono il bersaglio consentito di bombardamenti può essere considerato, per i concetti in esso impiegati e alla luce delle esperienze prodotte da due guerre mondiali, semplicemente come una formulazione problematica e non certo come una regola precisa. Di fronte a questo vuoto, era comprensibile che i giuristi del diritto internazionale positivo tentassero anzitutto di riallacciarsi alle norme tradizionali del diritto internazionale europeo, ovvero di risolvere le questioni del diritto aereo con l'aiuto di trasposizioni, analogie e parallelismi con il diritto di guerra terrestre e marittima, e di giungere in questo modo ad un concreto punto di vista giuridico anche per la delimitazione della guerra aerea autonoma, così da limitare anche questo nuovo tipo di guerra. Agli autori inglesi risultava naturalmente più chiaro di tutti, a partire dalla loro esistenza marittima, il parallelo con il diritto di guerra marittimo. Per loro un aereo che gettava bombe su persone e insediamenti situati nell'entroterra avversario era equiparabile, sul piano del diritto internazionale, a una nave che cannoneggiasse la costa e i cui colpi penetrassero in profondità nella terraferma. Da questo punto di vista non faceva alcuna differenza se il materiale esplosivo era sparato mediante l'artiglieria dal mare sulla terra o se invece fossero aerei a trasportarlo per via d'aria sull'entroterra e quindi a sganciarlo sul territorio e sugli uomini e le cose che vi si trovavano. Altri avanzarono la proposta di definire ciò che costituisce un obiettivo bellico, e quindi un bersaglio consentito per i bombardamenti, sulla base dell'analogia con il concetto di con-

trabbando, e quindi di considerare tutto ciò che nella guerra marittima valeva come materiale di contrabbando quale bersaglio e obiettivo consentito dei bombardamenti.

Proprio quest'ultimo parallelo tra la guerra marittima e la guerra aerea è particolarmente appropriato al fine di mettere in luce la problematica delle trasposizioni dal mare all'aria nel diritto bellico. Questo parallelo non riconosce infatti un elemento specifico del diritto internazionale, ossia il nesso tra tipo di guerra e diritto di preda. Il concetto di contrabbando serve a definire l'oggetto del diritto di preda e di confisca che è peculiare alla guerra marittima. Tale oggetto non è pensato come obiettivo di mero annientamento e la sua definizione e delimitazione non è tracciata in questa prospettiva. Il bombardamento aereo ha invece il significato e il fine esclusivo dell'annientamento. La guerra aerea autonoma — che non è una guerra che si aggiunge alle armi e ai metodi della guerra terrestre o marittima finora conosciuta, bensì un tipo di guerra completamente nuovo - si distingue da quei due altri tipi di guerra soprattutto per il fatto che essa non è affatto una guerra di preda, ma una pura guerra di annientamento. Sarebbe ozioso vedere un vantaggio o uno svantaggio morale nella circostanza che nella guerra aerea autonoma gli strumenti e i metodi specifici dell'aeronautica militare non consentono di fare alcuna preda, mentre tale possibilità di catturare diretta-mente la preda è data tanto nella guerra terrestre quanto nella guerra marittima.

È vero che anche nell'ambito della guerra terrestre e della guerra marittima sono impiegati strumenti di lotta dotati della medesima forza di annientamento che è propria della guerra aerea. Ma la guerra terrestre non esclude che i propri strumenti e metodi servano all'occupazione della terra nemica. L'occupazione, nella concezione del diritto internazionale europeo, è addirittura la meta oggettivamente necessaria e,

in un certo senso, naturale delle operazioni della guerra terrestre. L'esercito che occupa il territorio nemico è normalmente interessato a mantenere in esso la sicurezza e l'ordine, e a stabilirvisi come autorità. Nell'esercizio del potere d'occupazione è compreso il concetto di *autorité établie* della potenza occupante (art. 43 dell'ordinamento della guerra terrestre dell'Aja del 1907). Resta da vedere se in futuro questa realtà non sarà cancellata da un potenziamento straordinario delle armi a lunga gittata. Grazie alla tendenza all'occupazione, che fino ad allora le era naturale, la guerra terrestre pose comunque in essere nei secoli XVIII e XIX forti premesse per una limitazione della pura guerra di annientamento, con maggiori possibilità di limitare efficacemente anche la guerra in quanto tale. Come abbiamo visto sopra (pp. 255 sgg.), essa potè addirittura fare dell'*occupatio bellica* un istituto vero e proprio del diritto internazionale.

La guerra marittima contiene invece in grado assai più elevato elementi della pura guerra di annientamento. Se gli strumenti della guerra marittima vengono impiegati nei confronti della terraferma, si giunge a un blocco, e non a un'occupazione. La potenza marittima autrice di un blocco, a differenza della potenza terrestre autrice di un'occupazione, non ha il minimo interesse a veder regnare la sicurezza e l'ordine all'interno della zona bloccata. L'esercito di terra può detenere una *autorité établie*, vale a dire può avere una relazione positiva con il territorio occupato e con la sua popolazione, perché l'occupazione militare è intrapresa solo mediante un esercito, il quale è effettivamente presente nel territorio stesso e vi stabilisce la propria autorità. Si instaura così necessariamente un contatto diretto tra l'esercito occupante e la popolazione del territorio occupato, e ne risultano delle relazioni giuridiche tra la forza d'occupazione e la stessa terra occupata. Invece la flotta che procede a un blocco ha con

l'area bloccata e con la sua popolazione solo una relazione negativa, data dal fatto che entrambe - sia la terra sia la popolazione — non sono altro per essa che la meta di un'azione di forza e l'oggetto di una coazione militare. Si può qui parlare a buon diritto di potenza autrice del blocco, ma non — in analogia con la forza d'occupazione — di forza di blocco e di relazioni giuridiche con la popolazione. Nella misura in cui la guerra marittima è guerra di preda limitata dal diritto internazionale, il suo interesse predatorio, nella forma giuridica che aveva assunto con il diritto di preda, non si rivolge contro obiettivi terrestri, bensì direttamente ed esclusivamente contro il commercio marittimo della e con la terra bloccata.

Questa differenza di metodi nell'uso della forza è essenziale. Essa riguarda infatti il nucleo di ogni ordinamento umano, l'eterna connessione tra protezione e obbedienza, « the mutual relation between protection and obedience ». Naturalmente anche la guerra terrestre può essere condotta come guerra di annientamento; ed essa fu di fatto condotta assai spesso come guerra di preda. Ma la potenza terrestre occupante può anche avere un interesse alla sicurezza e all'ordine nei territori occupati. Fu così possibile, come abbiamo detto, che l'occupazione bellica divenisse un istituto giuridico del diritto internazionale, come di fatto è accaduto nel corso del secolo XIX con l'ordinamento della guerra terrestre dell'Aja. Nella misura in cui l'esercito occupante salvaguarda l'ordine pubblico e protegge la popolazione del territorio occupato, la popolazione è tenuta per parte sua all'obbedienza nei confronti della forza d'occupazione. Risulta qui evidente il nesso immediato tra protezione e obbedienza. Esso poggia su un chiaro legame spaziale che si instaura tra una forza d'occupazione effettivamente presente e la popolazione del territorio occupato. La potenza terrestre occupante può avere pro-

grammi e intenzioni diversi: essa può incorporare la terra occupata, annetterla o utilizzarla come materia di scambio o come garanzia; può assimilare oppure sfruttare la popolazione. Sempre, anche quando vengono presi degli ostaggi, rimane configurabile una connessione tra protezione e obbedienza e continua a essere data — almeno all'epoca del diritto internazionale europeo — una qualche relazione positiva sul suolo europeo tra il suolo stesso e i suoi abitanti. La guerra terrestre aveva cessato di essere guerra di preda diretta e totale, o addirittura guerra di puro sterminio e annientamento, sin dalla fine delle guerre di religione del XVII secolo, ovvero da quando le istituzioni della guerra statale europea dei secoli XVIII e XIX erano subentrate al suo posto introducendo limitazioni classiche della guerra.

Nel blocco conforme al diritto bellico, intrapreso dal mare, manca invece la tendenza a realizzare questa connessione tra protezione e obbedienza. Agli occhi di coloro che subiscono l'effetto dell'azione degli strumenti della guerra marittima, e quindi agli occhi della popolazione di una terra colpita da un blocco marittimo, la potenza marittima autrice del blocco è sempre lontana e assente. Essa agisce con la forza ed esercita mediante il cannoneggiamento o il blocco una coazione forse quanto mai effettiva, ma la sua azione non presenta mai quelle tendenze alla protezione e all'ordine che possono essere ancora insite perfino in un'occupazione di territorio, con la presenza di forze armate, e mirante allo sfruttamento del territorio stesso. L'interesse che la marina autrice di un blocco ha verso le condizioni della zona bloccata può essere solo negativo e mirante alla distruzione di ogni ordine.

Solo se la guerra terrestre e la guerra marittima sono considerate in questa prospettiva giuridico-internazio-nale, relativa all'ordinamento spaziale, è possibile acquisire consapevolezza della nuova problematica internazionale della guerra

aerea. Sotto il profilo spaziale la grande trasformazione si vede dal fatto che in riferimento allo spazio aereo non si può più parlare, come prima, di un teatro di guerra. Fin dal XVII secolo, ovvero fin dall'inizio della guerra interstatale europea, ci si era abituati all'immagine di un *teatro di guerra,* di un *theatrum* della guerra terrestre. Era ancora possibile, inoltre, benché non fosse già più altrettanto preciso, porre a fianco del teatro di guerra terrestre un teatro di guerra marittimo. Invece la guerra aerea autonoma ha sì un proprio spazio, ma non possiede più né teatro né spettatori. Essa si svolge, prescindendo dai combattimenti aerei, non più in un confronto orizzontale — come accadeva nella guerra terrestre e nella guerra marittima —, ovvero non più in modo tale che le due parti si affrontino l'una con l'altra sullo stesso piano. Lo spazio aereo non è un volume sovrastante la terra o il mare, pensabile come una colonna o una cassa vuota che si erige sulla base della terraferma o del mare libero, e all'interno della quale, nella guerra aerea, avvengono le stesse cose che nella guerra terrestre o marittima, solo a un'altezza di qualche centinaio o di qualche migliaio di metri. Tutte le costruzioni teoriche che lavorano sulla base di simili rappresentazioni e aggiustano il diritto internazionale della guerra aerea in parte seguendo l'analogia con la guerra terrestre, in parte quella con la guerra marittima, sono contrarie alla realtà e in fondo inutili. Esse portano a ritenere che la guerra aerea sopra la terraferma debba essere condotta secondo le regole della guerra terrestre e quella sopra il mare libero secondo le regole della guerra marittima, dove nella maggior parte dei casi le zone costiere vengono considerate per motivi di semplicità come terraferma. Al bombardiere che vola sopra la terraferma deve essere sacra la proprietà privata, ma solo finché vola sulla terraferma; un secondo più tardi, non appena ha raggiunto lo spazio aereo sopra il mare libero, quella stessa proprietà privata, per

lo stesso nemico dotato dello stesso strumento bellico, improvvisamente non è più sacra, ma oggetto del diritto di preda o di un legittimo annientamento. E' su questo punto decisivo che cadono tutte le trasposizioni, le analogie e i paralleli che possono altrimenti essere fatti tra la guerra terrestre e marittima, da una parte, e la guerra aerea, dall'altra. Ma qui vengono meno anche tutte le istituzioni e tutti i princìpi su cui finora aveva potuto fondarsi un diritto bellico, vale a dire una limitazione della guerra.

Oggi non è più possibile mantenere le tradizionali rappresentazioni dello spazio e pensare lo spazio aereo come una semplice pertinenza o come un accessorio della terra o del mare. Ciò sarebbe, in modo veramente ingenuo, un pensare guardando dal basso verso l'alto. Sarebbe la prospettiva di un osservatore che dalla superficie della terra o del mare alzasse lo sguardo in aria e, a capo in su, guardasse fisso dal basso in alto, mentre il bombardiere, sorvolando velocemente lo spazio aereo, portasse a compimento — dall'alto verso il basso — la sua terribile azione. Malgrado le altre diversità esistenti tra la guerra terrestre e la guerra marittima, rimaneva comune ad entrambe il medesimo piano, e la lotta si svolgeva anche dal punto di vista spaziale nella stessa dimensione in cui, sulla medesima superficie, i combattenti si fronteggiavano. Invece lo spazio aereo diventa una dimensione propria, uno spazio proprio, che non si rapporta alle due superfici separate della terra e del mare, ma che trascura la loro separazione e già per questa ragione si differenzia essenzialmente in quanto tale, nella propria struttura, dagli spazi di superficie caratteristici degli altri due tipi di guerra. L'orizzonte della guerra aerea è diverso da quello della guerra terrestre o marittima; ci si deve addirittura domandare in quale misura si possa parlare ancora di *orizzonte* a proposito della guerra aerea. Il mutamento strutturale è tanto maggiore quanto più entram-

be le superfici della terra e del mare soggiacciono indistintamente all'azione dall'alto verso il basso proveniente, nella guerra aerea, dallo spazio aereo. Ma l'uomo che si trova sulla superficie di terraferma sta in rapporto con gli aerei che agiscono su di lui dall'alto più come un mollusco in fondo al mare rispetto alle imbarcazioni che si muovono sulla superficie marina che non invece come rispetto a un suo simile.

La guerra aerea autonoma elimina il nesso tra il potere che usa la forza e la popolazione che dalla forza è colpita in grado assai più alto di quanto avvenga nel caso di un blocco nel corso della guerra marittima. Nel bombardamento aereo la mancanza di relazioni tra il belligerante e il territorio, congiuntamente alla popolazione nemica che in esso si trova, diventa assoluta; qui non è rimasta nemmeno più l'ombra della connessione tra protezione e obbedienza. Nella guerra aerea autonoma manca, tanto per l'una quanto per l'altra parte, la possibilità di ristabilire questa connessione. L'aereo arriva volando e getta le sue bombe, oppure attacca scendendo a volo radente e quindi riprende quota: in entrambi i casi adempie alla sua funzione di annientamento e abbandona quindi immediatamente al suo destino (vale a dire: alle sue autorità statali) il territorio bombardato, con le persone e le cose che vi si trovano. La considerazione della connessione esistente tra protezione e obbedienza, esattamente come quella del rapporto tra tipo di guerra e preda, mostra l'assoluto disorientamento spaziale e il carattere di puro annientamento della moderna guerra aerea.

d) *Il problema della guerra giusta*

Mi si obietterà che in questo tipo di guerra aerea è in gioco soltanto un problema di natura tecnica e precisamente quello delle armi a lunga gittata. E' esatto. Ma proprio questo suggerimento conduce ad un'importante connessione ulteriore con il problema giuridico-internazionale della guerra. Infatti la limitazione dei mezzi di annientamento e la limitazione della guerra riguardano in terzo luogo — oltre che il diritto di preda e il rapporto con la popolazione colpita dalla guerra — anche la questione della guerra giusta. Tale questione presenta due diversi aspetti: quello del nemico giuridicamente riconosciuto, distinto dal criminale e dal bruto, cioè dello *justus hostis,* e quello della giusta causa, la *justa causa.* Entrambi gli aspetti della questione sono in collegamento specifico con il tipo delle armi. Se le armi sono in modo evidente impari, allora cade il concetto di guerra reciproca, le cui parti si situano sullo stesso piano. E' infatti proprio di tale tipo di guerra il fatto che si dia una certa determinata chance, un minimo di possibilità di vittoria. Se questa viene meno, l'avversario diventa soltanto oggetto di coazione. Si acuisce allora in misura corrispondente il contrasto tra le parti in lotta. Chi è in stato di inferiorità sposterà la distinzione tra potere e diritto negli spazi del *bellum intestinum.* Chi è superiore vedrà invece nella propria superiorità sul piano delle armi una prova della sua *justa causa* e dichiarerà il nemico criminale, dal momento che il concetto di *justus hostis* non è più realizzabile. La discriminazione del nemico quale criminale e la contemporanea implicazione della *justa causa* vanno di pari passo con il potenziamento dei mezzi di annientamento e con lo sradicamento spaziale del teatro di guerra. Il potenziamento dei mezzi tecnici di annientamento spalanca l'abisso di una discriminazione giuridica e morale altrettanto distruttiva.

Il giurista americano di diritto internazionale James Brown Scott voleva vedere nella moderna svolta verso il concetto di

guerra discriminante un ritorno alle dottrine teologiche cristiane della guerra giusta. Ma le tendenze moderne non portano in sé alcuna resurrezione di dottrine cristiane, bensì sono un fenomeno ideologico concomitante nato con lo sviluppo tecnicoindustriale dei mezzi di annientamento moderni. Il bombardiere o l'aereo da attacco a volo radente usano le proprie armi contro la popolazione nemica verticalmente, come san Giorgio usava la sua lancia contro il drago. Nella misura in cui oggi la guerra viene trasformata in azione di polizia contro turbatori della pace, criminali ed elementi nocivi, deve anche essere potenziata la giustificazione dei metodi di questo *police bombing*. Si è così costretti a spingere la discriminazione dell'avversario in dimensioni abissali. Per un solo aspetto le tesi medioevali della guerra giusta possono essere ancor oggi considerate d'attualità immediata. Abbiamo già parlato del divieto medioevale delle armi a distanza che il secondo Concilio Lateranense pronunciò nel 1139 per le guerre tra principi e popoli cristiani. Il fatto che il divieto fosse limitato alle guerre tra cristiani mostrava che le armi a distanza continuavano a essere ammesse nella lotta contro il nemico ingiusto, nella quale erano ovviamente usate, poiché la guerra contro un simile tipo di nemico era di per se stessa una guerra giusta. Ma anche nella lotta tra cristiani si affermò ben presto il nesso tra armi a distanza e guerra giusta. Infatti la Glossa interpretò il divieto della Chiesa anche in riferimento alla lotta tra cristiani nel senso che esso valeva solo per la parte ingiusta, mentre non si poteva vietare a chi era dalla parte del diritto di servirsi — nella sua lotta contro il torto — di qualsiasi mezzo efficace. Ciò sembra di fatto inconfutabile e fa riconoscere un nesso essenziale: un nesso che giustifica la nostra decisione di riproporre in chiusura questo esempio tratto dal Medioevo, cui avevamo già rinviato (pp. 164 sg.).

Ricordiamoci di una sentenza hegeliana: l'umanità, nel passaggio dal feudalesimo all'assolutismo, aveva bisogno della polvere da sparo, *ed eccola apparire.* Forse che anche i mezzi moderni di annientamento sono apparsi perché l'umanità moderna ne aveva bisogno? E di che cosa l'umanità aveva bisogno allorché comparvero questi mezzi di annientamento? In ogni caso c'era bisogno di una guerra giusta per giustificare l'impiego di tali mezzi di annientamento. Infatti — e utilizzo qui un passo del capitolo « Foes or Friends » dell'*Education of Henry Adams* — « if the foe is not what they say he is, what are they? ». Ricordiamoci dei cinque *dubia circa justitiam belli,* che Francisco de Vitoria aveva esposto, e più ancora dei suoi nove *dubia quantum liceat in bello justo.* Oggi stiamo sperimentando la risposta alle sue domande. La scienza naturale moderna e la sua tecnica ci danno la risposta: *Tantum licet in bello justo!* Ne consegue che è storicamente maturato il tempo di nuove linee di amicizia. Ma non sarebbe bene se esse fossero realizzate mediante nuove criminalizzazioni.

Note

1. La « libertà di commercio come principio cardine del diritto internazionale marittimo » è il tema di un lavoro di S. Maiwald, *Die Enlwicklung zur staatlichen Handelsschiffahrt im Spiegel des internatìonalen Rechls,* Stuttgart, 1946.

2 Cfr. su ciò il lavoro di F. Friedensburg, *Der Kriegsschauplatz* (tesi di dottorato, Berlin, 1944).

3 G. Ratzenhofer, *Die Staatswehr. Wissenschaftliche Untersuchung der öffentlichen Wehrangelegenheiten,* Stuttgart, 1881, pp. 274-75.

4 Cfr. « The Grotius Society », III, 1918, pp. 37-38; *The Deutsch-land*, by His Honour Judge Atherley-Jones. In Inghilterra e in Francia questa opinione era divenuta dominante durante la prima guerra mondiale. R. Genet, *Précis de droit maritime pour le temps de guerre* (Paris, 1937-38) considera i sottomarini commerciali come navi mercantili; cfr. del resto su questo problema Garner, *International Law and the World War*, tomo II, p. 467.

LA RICERCA DEL NOMOS

DI EMANUELE CASTRUCCI

1. L'arco temporale di poco più di due decenni che intercorre tra il 1928 e il 1950 scandisce, nella produzione scientifica di Carl Schmitt, un percorso teorico che pone radicalmente in questione i termini tradizionali della riflessione giuridico-politica europea. L'estrema concentrazione degli avvenimenti, tipica del nostro secolo, permette che due decenni « facciano giustizia » del modo di pensare di un'intera epoca: in una parola dei criteri fondamentali del formalismo giuridico, i quali fino a poco prima dominavano senza contrasto nell'ambito della dottrina positivistica.

L'analisi procede dalla *Dottrina della costituzione (Ver-fassungslehre,* 1928) al *Nomos della terra (Der Nomos der Erde,* 1950) come attraverso cerchi concentrici di diametro crescente: dalla costituzione dello Stato, visto come entità storica determinata, prodotto culturale strettamente legato all'epoca del 'moderno', all'interrogativo radicale sulla pensabilità di un ordine globale dello spazio della terra, ciò che viene posto sul tappeto da Schmitt è il destino stesso delle forme della civiltà giuridica. Forme lentamente elaborate dallo *jus publicum Europaeum* nel corso di secoli di storia ed ora improvvisamente 'spiazzate' da eventi inattesi di portata epocale — costrette a ricoprire un ruolo ancillare in un mondo non più eurocentrico ma diffuso e senza forma, dominato totalmente dall'organizzazione scientifico-tecnologica dell'esistenza.

Certe vie, suggerisce la saggezza europea, sono senza ritorno e d'altra parte nulla vi è di più grottesco e patetico che esorcizzare l'accaduto, rimpiangere il passato o, peggio, rifu-

giarsi nel sogno di impossibili utopie restaurative. La durezza dei tempi esige un pensiero adeguato, come adeguata era stata l'*inventio* miracolosa che — circa quattro secoli prima — aveva condotto lo spirito europeo fuori dalle guerre civili di religione, verso la classicità dell'ordine statale.

Oggi la civiltà giuridica che si era sviluppata intorno a quell'idea di Stato è posta radicalmente in pericolo da forme nuove e più raffinate di barbarie; si deve temere il « barbaro artificiale », il prodotto di massa delle nostre metropoli che traduce in atti devastanti la consapevolezza elitaria (e che, nelle intenzioni dei filosofi, elitaria doveva rimanere) secondo cui tutto è uguale a nulla, essendo tutto ugualmente annientabile dall'arbitrio della volontà di potenza. Secondo questa veduta, che attraversa fin dalle origini l'intero sapere occidentale, avere il potere di fatto su qualcosa significa anche avere il diritto su di essa: lo spazio della forza e lo spazio della liceità sono coestensivi. Questa ricostruzione è estremamente realistica e corrisponde perfettamente ad una diagnosi disincantata sui fatti. Ma ciò vuol dire forse che le idee di *misura* e di *forma* sono irrecuperabili e che occorre semplicemente dire sì al dominio della forza organizzata dalla volontà di potenza? Certo, *fata volentem ducunt, nolentem trahunt,* ma è davvero senza senso — come vorrebbe una prospettiva arbitraristica radicale — tematizzare quelle che sono le condizioni minime invalicabili perché il mondo naturale e le relazioni sociali continuino ad essere umanamente vivibili? Credo che una simile preoccupazione non sia diritto naturale di venerabile memoria, ma corrisponda invece alla fredda analisi delle condizioni logiche di possibilità di una forma di vita culturalmente evoluta. E che dire poi della limitazione dell'esercizio dell'ostilità bellica, ultima impresa generosa del diritto internazionale dello *jus publicum Europaeum?* E dell'uso dell'arma nucleare? (Quello di arma nucleare è il concetto limite

dell'assoluta ostilità, capace di sconvolgere gli equilibri strategici della « grande politica », costringendo i governanti a considerare seriamente l'attualità dell'antica ipotesi scolastica dell'*annihilatio)*.

2. Nell'epoca interstatale del diritto internazionale, databile tra il secolo XVI e la fine del XIX, si conseguì un reale progresso nel campo della civiltà: quello di circoscrivere e delimitare giuridicamente la guerra in ambito europeo. Come osservava Alfred von Verdross nella sua recensione al *Nomos,*[1] è di importanza centrale il passaggio, avvenuto attorno ai secoli XVI-XVII, dall'analisi teologico-morale della *justa causa belli* a quella puramente giuridica dello *justus hostis* (e quindi del *bellum justum* interstatale). Questo passaggio è realmente importante e merita di essere evidenziato, anche perché il concetto di « equilibrio interstatale » che esso introduce si sarebbe mantenuto sostanzialmente inalterato fino a tutto il secolo XIX.

Cessata l'unitarietà medioevale dei punti di riferimento e di orientamento spaziale, è l'eguaglianza tra le nuove figure (o « persone ») statali che determina la *limitazione* dei mezzi bellici consentiti nel *bellum justum*. Non più valutazioni contenutistiche tese a giustificare (o ingiustificare) il ricorso alle armi in base a verità ultime ed esclusive, ma solo la precisa definizione giuridico-formale delle parti contendenti come Stati sovrani titolari di un potere effettivo può consentire l'esercizio del *bellum justum*.

La guerra statale si contrappone allora sia alla guerra di religione che alla guerra civile, assumendo un'inconfondibile *forma giuridica,* facendosi cioè *guerre en forme*. Se gli Stati territoriali, nella veste di *personae publicae,* si considerano sempre ca-

vallerescamente l'un l'altro come *justi hostes,* ne consegue che la guerra riesce a diventare qualcosa di analogo a un duello, a un combattimento tra *personae morales* individuate territorialmente e radicate nell'ambito spaziale europeo. A confronto con la brutalità espressa dalle guerre di religione e di fazione, che sono per loro stessa natura guerre di distruzione in cui i nemici si discriminano a vicenda come criminali, e a confronto con le guerre coloniali, condotte contro popoli « selvaggi », ciò significava una razionalizzazione ed un'umanizzazione di grande valore. Ad entrambe le parti in lotta spetta lo stesso riconoscimento giuridico-formale, con la conseguenza di poter distinguere, grazie a criteri certi, il nemico dal criminale. Il concetto di nemico non corrisponde più a « qualcosa da annientare », ovvero ad un *assoluto negativo,* al quale non è dovuto neppure alcun rispetto umano e morale. Ora *aliud est hostis, aliud rebellis.* Diventa pertanto possibile procedere ad un trattato di pace con i vinti e — cosa egualmente importante — diventa possibile agli Stati estranei al conflitto mantenersi in uno status giuridico-internazionale di neutralità, quali *terzi.*

Ora, va riconosciuto che con il secolo XX proprio questa funzione limitativa del diritto internazionale è venuta meno, determinandosi un quadro segnato: a) dalla sempre possibile guerra di annientamento totale (dove il passaggio dall'uso delle armi convenzionali a quello delle armi nucleari non è 'trattenuto' se non da occasionalismi storico-politici); b) dalla perdita irreversibile del senso di una normatività naturale (che era stata, per il passato, la condizione di possibilità, quasi l'*a priori* metafisico, del nomos della terra); c) dalla falsa ipotesi teorica, che informa assai spesso la prassi dei governi, secondo cui cause di tipo economi-co-strutturale (ad esempio relative alla distribuzione delle risorse materiali) sono sufficienti a spiegare il problema dell'equilibrio mondiale e le ra-

gioni profonde del conflitto (escludendo quindi tra l'altro che le leggi del 'politico' abbiano una loro ben chiara autonomia nei confronti di quelle dell' 'economico' o del 'giuridico').

3. Oggi che la forma-Stato è più che mai lontana dal riassumere in sé — come volevano le vecchie dottrine giuspositivistiche — i processi fondamentali di formazione e di esecuzione delle decisioni, i rischi della teoria politica ci appaiono essenzialmente due: o riconoscere solo a parole tale situazione di novità, pretendendo per il resto di continuare ancora a operare con i concetti del puro modello liberale dello Stato di diritto e con le dottrine della giustizia ancorate agli schemi astratti del razionalismo metafisico; o abbassare la teoria alla mera registrazione dei fatti (vedi sociologismi e realismi empirici di vario genere), rinunciando al tentativo di elaborare concettualmente categorie *specifiche* del politico.

Perché appunto di questo si tratta: di pervenire a categorie concettuali capaci di dar conto della trasformazione dei fenomeni man mano che questa si produce. Naturalmente, non è possibile qui neppure iniziare a svolgere questo delicato argomento. Si può solo aggiungere che l'idea del nomos — categoria potente ma ancora non sufficientemente 'lavorata' dalla riflessione teorica —[2] richiede per la propria comprensione che sia innanzitutto analizzato il concetto di *Ortung,* che Schmitt adopera con continuità e sicurezza teorica nel corso della sua opera. Come rendere in lingua italiana il termine *Ortung?* Abbiamo come precedente l'esempio di A. de Martinis, traduttore della *Theorie des Partisanen,* che rende l'endiadi schmittiana *Ordnung und Ortung* con « ordinamento e orientamento ».[3] La soluzione presenta l'indubbio vantaggio di procurare elementi di assonanza con 'ordinamento' (che è senz'al-

tro *'Ordnung)* e oltre a ciò, più ancora, di rinviare nel suo negativo ('disorientamento') alla perdita di patria, paese, collegamento con la terra che corrisponde alla fenomenologia del *déracinement,* ricca di svolgimenti significativi, specie nella letteratura politica del primo Novecento europeo. Si ricordi inoltre che in Heidegger il 'disorientamento' qualifica il momento che precede la 'chiamata'[4] e che all'*Unheimlichkeit* corrisponde una tensione necessaria ad uscire dal *man,* dall'angosciante anonimato che contiene però già in embrione la praticabilità del progetto (*Entwurf*).

Al di là di tutto ciò, rendere *Ortung* con 'orientamento' appare inopportuno. Nell'intenzione schmittia-na non si allude tanto ad un soggetto in cammino, quanto ad un'entità precisamente localizzata in uno spazio o in un territorio geografico o metafisico. Molto meglio, mi sembra, è usare il termine 'localizzazione' (o anche 'collocazione'), che contiene un preciso riferimento al legame con il suolo e con la terra abitata, o anche tradurre talora con *radicamento.* Che cos'è infatti il radicamento? Simone Weil ha scritto pagine assai importanti e suggestive su questo concetto, pagine che contengono tra l'altro anche intelligenti osservazioni sui rapporti instaurati (o instaurabili) tra popolo invasore, terra invasa e sua popolazione: « Si ha sradicamento ogni qual volta si abbia conquista militare e, in questo senso, la conquista è quasi sempre un male. Ma lo sradicamento è minimo quando i conquistatori sono un popolo migratore che si insedia nella terra conquistata, si mescola alla popolazione e vi mette radice. Questo fu il caso degli Elleni nella Tracia, dei Celti in Gallia, degli Arabi in Spagna. Ma quando il conquistatore rimane straniero sul territorio che ha occupato, lo sradicamento è una malattia quasi mortale per le popolazioni sottomesse. Raggiunge il massimo livello quando vi siano deportazioni di massa, come nell'Europa occupata dalla Germania o nell'ansa del Niger, o

quando vi sia una soppressione brutale di tutte le tradizioni locali, come nei possedimenti francesi d'Oceania ».[5]

Come non richiamare immediatamente i capitoli schmittiani del *Nomos* che trattano gli stessi temi sotto il profilo giuridico dell'*occupatio bellica*? Secondo Schmitt, l'occupazione provvisoria propria della *guerre en forme* tradizionale non produceva effetti sradicanti sul territorio occupato e sulla popolazione perché - in quanto guerra 'solo politica' di combattenti (*Kombattantenkrieg)* - manteneva ben separata la sfera pubblico-militare dalle altre sfere del privato-sociale. Essa non coinvolgeva la *costituzione del territorio,* e quindi — ben lungi dal sovvertirla dall'interno — stabiliva una « comunità giuridica provvisoria » tra il nemico e gli abitanti della regione. Ma questa realtà sarebbe stata spazzata via dall'evolversi delle forme di lotta e dal coinvolgimento nel conflitto bellico della dimensione sociale, con la conseguenza — determinata dall'impossibilità di separare pubblico e privato, politico e sociale — di sussumere poi l'intera area del 'civile' nell'ostilità più profonda e generalizzata.

4. Nel *Nomos der Erde* si mostra come lo sforzo secolare di delimitare giuridicamente, di umanizzare l'esercizio della guerra incontri gli ostacoli più decisivi e cessi poi definitivamente. Agisce infatti in senso contrario all'umanizzazione del conflitto, quale fattore potentissimo di una nuova ostilità, la cancellazione forse irreversibile di ogni idea di legame sociale, di identità collettiva, determinata dallo sgretolamento dello standard comune di una *positive morality* secolarizzata. Inoltre, nel campo delle relazioni internazionali, la necessità di criminalizzare radicalmente l'avversario. Infatti, come Schmitt mostra, « nella misura in cui oggi la guerra viene trasfor-

mata in azione di polizia contro turbatori della pace, criminali ed elementi nocivi, deve anche essere potenziata la giustificazione dei metodi di questo *police bombing.* Si è così costretti a spingere la discriminazione dell'avversario in dimensioni abissali » *(Nomos*, p. 430).

La riduzione della politica mondiale (*Weltpolitik*) a polizia internazionale ha il suo rovescio nel riconoscimento che il nemico, il disumano, cresce in noi stessi e che il rapporto amico/nemico tende a riprodursi comunque, avendo l'ostilità una propria consistenza ontologica, destinata ad esprimersi in leggi proprie. Il nuovo nomos della terra, cui Schmitt allude nell'ultima parte del libro, potrebbe provenire solo da nuclei portatori di coscienza integra, rafforzati dalla durezza dei tempi e dalla necessità di convivere con le forme più aspre del nihilismo. Da loro potrebbe forse nascere l'ordine *(ab integro nascitur ordo,* come si legge nel saggio schmittiano del 1929 sull'« epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni »), ma in ogni caso non certo dall'equilibrio della paura universale di fronte all'arma atomica (come oggi sembra riproporci Eccles) o da improbabili teorie della guerra circoscritta, i confini della quale non possono che oscillare sempre più, stabilendo intorno alla terra « un circolo, in continuo spostamento, di miseria sangue e terrore » (Koselleck).

Un vecchio gnostico avrebbe forse messo in dubbio, a questo punto, il valore 'assoluto' della presenza della specie umana, ironizzando sull'opportunità della sua inalterata conservazione. Il nomos - egli avrebbe detto con Qohélet — è mera illusione, poiché non esiste più (né forse è mai esistita) una forma ontologica comprovante la naturalezza e la necessità del radicamento dell'uomo sulla terra. Ma quello stesso vecchio gnostico si sarebbe rifiutato poi di spingere a fondo la propria critica demistificatrice, presentando la sua opera con parole molto belle e cariche di inattesa speranza: « E' agli

spiriti pacifici che è promesso il regno della terra. Anche l'idea di un nuovo nomos della terra si dischiuderà solo a loro» *(Nomos,* p. 15).

Note

1 In « Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht », N.S., IV, 1952, pp. 249-50.

2 Su ciò, cfr. più dettagliatamente P.P. Portinaro, *Appropriazione, distribuzióne, produzione. Materiali per una teoria del « nomos »,* Franco Angeli, Milano, 1983.

3 C. Schmitt, *Teoria del partigiano. Note complementari al concetto di politico,* Il Saggiatore, Milano, 1981, p. 54.

4 Cfr. *Sein und Zeit,* par. 54.

5. S. Weil, *L'enracinement. Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain,* Gallimard, Paris, 1949; trad. it. di F. Fortini, *La prima radice,* Edizioni di Comunità, Milano, 1954, p. 43.

INDICE DEI NOMI

I numeri in corsivo rinviano alle note

Achen wall, Gottfried, *191* Acosta, José de, *116* Adams, Charles Francis, 398, 401

Adams, Henry, 431 Adso, 44, 47 Agostino, sant', 183, 204 Aimone di Halberstadt, 44 Alciato, 21, 181

Alvarez, Alejandro, *129,* 290-92

Aristotele, 55-56 Armanasi, Najib, *33* Atherley, S., *419* Ayala, Baltasar, 117, 137, 143, 154, 179-82

Bachofen, Johann Jakob, 14 Bacone, Francesco, 107 Bakunin, Michail Aleksandrovic, 383

Balladore Pallieri, Giorgio, *43* Barbeyrac, Jean de, 107 Barthélémy, Joseph, 128 Bataillon, Marcel, *117, 123* Bauer, Bruno, 48, 150, 269, 384

Baumel, Jean, *129* Beckerath, Erwin von, *298*

Bentham, Jeremy, 289 Bergbohm, 292 Bierman, Benno, *107* Bilfinger, Carl, *232* Binding, Karl, *40, 73* Bismarck, Otto von, 231, 269, 276

Bleiber, Fritz, *111* Bluntschli, Johann Kaspar, 269, 292

Boccalini, Traiano, *169* Bodin, Jean, 143, 154, 180, 189, 194

Boggs, S.W., 372 Böhm, A.H., *129* Bolívar, Simon, 382 Bonfils, 403 Borkenau, Franz, *97* Bourquin, Maurice, *317* Briand, Aristide, 312 Brunner, Otto, *227* Bruno, Giordano, *188* Burckhardt, Jacob, 114, 384 Bushneil Hart, Albert, *373* Bynkershoek, Cornelisvan, 196, 219, 222

Cajetano, 137 Calvo, Carlos, 289, *291*

Canning, George, 303, 399, *400* Carnegie, Andrew, 130 Cecil, Lord Robert, 362 Chamberlain, Sir Austen, 353, 359, *366* Cicerone, 195, *365* Cisneros, Francisco Jiménez de, *117*

Cocceio, Samuele, *249* Colombo, Cristoforo, 150-151, 373

Comte, Auguste, 61 Condorcet, 378

Contuzzi, Francesco Paolo, 292 Cortés, Hernán, 118 Cromwell, Oliver, 194

Davenport, F.G., *85,* 87 Dewey, John, 385 Dickinson, Edwin De Witt, *172* Dietzel, Heinrich, *298* Donnedieu de Vabres, Henry, *353*

Donoso Cortés, Juan, 269, 384 Dopsch, Alfons, *43* D'Ors, Alvaro, *123* Dulles, John Foster, 348 Dupuis, Charles, 285

Elbe, Joachim von, *191* Erasmo, 123, 184 Eschweiler, Karl, 128

Fauchille, Paul-Auguste-Joseph, *280, 339* Fay, Bernhard, 376, *382* Ferrera, Paul, 281 Feuerbach, Ludwig, 95 Figgis, John Neville, 45, 125 Filippo II, 146, 188 Fischer, Hugo, *387* Franklin, Benjamin, 379 Frantz, Konstantin, 232 Freund, Michael, *99* Friedensburg, Ferdinand, *416*

Gabba, Carlo Francesco, 258 Gajzago, L. von, *129*

Galiani, Ferdinando, *219* García Pelayo, Manuel, *107* Garibaldi, Giuseppe, 396 Garner, *419* Gaupp, Ernst, *40* Gentile, Alberico, 126, 134, 137, 141, 143, 154, 184, 187-88, 218, 411 Getino, Luis Alonso, *109, 123* Gidel, Gilbert, 211-13, 240 Giovanni di Salisbury, 50 Goebel, Julius, *88* Goethe, Johann Wolfgang von,

Gosse, H., 210

Grozio, Ugo, 109, 126, 152 sgg., 189-90, 217-18, *252, 339* Grewe, Wilhelm, *87-88* Guggenheim, Paul, *308* Guglielmo II, 339

Hall, William Edward, 289, *339* Hamel, Walter, 27 Hanke, Lewis, *104* Hanotaux, Gabriel, *273* Hauriou, Maurice, 77,*251,* 264, *298,* 312, *329* Hautefeuille, 209, *303* Hawkins, R.C., *285* Heck, Carl, *100* Heckel, Johannes, *145* Heffter, August Wilhelm, *193, 252,* 288-89 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, 29, *97,* 101, 114, 172,

175-76, 386 Heuss, Alfred, *32* Heydte, F.A. Fraiherr von der, *129*

Hobbes, Thomas, 84,95-97,154, 172, 194, 213-14, 219, 379 Höffner, Joseph, *104, 116* Holland, Sir Thomas Erskine, *188*

Höltermann, Alfons, 68 Holtzendorff, Franz von, 289, 294

Huber, Max, *111* Hunter, Miller, 351

Isidoro di Siviglia, 22

James, William, 386 Jefferson, Thomas, 377 Jerusalem, Franz W., *169* Jessup, P.S., *369, 373* , 374 Journet, Charles, *41, 43, 183*

Kahle, Ludwig Wilhelm, *191* Kaltenborn, 128 Kant, Immanuel, 25-26, 154, 172-73, 201 sgg.

Keith Berrydale, A., 241 Kent, James, 289 Keyserling, Hermann Graf von, 69, *385* Kierkegaard, S0ren, 384 Klüber, 173 Korowin, E.A., *262* Kraus, Herbert, *262* Kühn, Arthur, *375* Kunz, Josef, *338*

Lameire, Irénée, *251* Lansing, Robert, 349 Larnaude, 326

Lawrence, Thomas Edward, 241

Leibniz, Gottfried Wilhelm von, 173

Leopoldo del Belgio, 272, 281 Lewalter, Ernst, *387* Lindley, M.F., *111* Liszt, Franz von, 240, *291* Locke, John, 97-98, 379 Loening, Edgar, *258* Lorimer, James, 128, 269, 289, 403

Lowell, A. Lawrence, *369*

Mackinder, Halford John, 14 Maclver, Robert Morrison, *329* Mahan, Alfred Thayer, *384* Maiwald, Serge, *412* Manzano, Juan, *86* Marcos, T. Andrés, *107,* 114, 128

Martens, Georg Friedrich von, 292

Marx, Karl, 96, 101, 386 Meadows, Sir Philip, 219 Mello Franco, 381 Menéndez Pelayo, *107, 123* Merea, Paulo, 155, *190* Mettgenberg, *34* Michelet, Jules, 14 Molen, G.H.J. van der, *129, 188*

Molina, Luis de, 127 More, Thomas, 215-16 Moreau de Saint-Mercy, *91* Muñoz, Honorio, *107*

Nézard, H., *188* Niedermeyer, Hans, 63, 67 Nys, Ernest, *99, 107,* 128-30, 217

Octavio, R., *129* Oldendorp, Johann, 137 Omero, 21, 67-68 Oppenheim, L., 241, *339* Ottone di Frisinga, 82

Paradisi, Bruno, *43* Pascal, Blaise, 94-95 Pfeiffer, Burkhard Wilhelm, *255*

Pfleiderer, G., *375* Phillimore, Sir Robert, *188,* 289 Pindaro, 62-64 Politis, Nikolaos, 362 Pradier-Fodéré, Paul-Louis-Er-nest, 289 Prida, Fernández, *129* Proudhon, Pierre-Joseph, 48 Pufendorf, Samuel, *90, 127,* 152 sgg., 196, 219

Quincy Wright, 317, *371*

Ratzel, Friedrich, 84 Ratzenhofer, Gustav, *416* Raynal, Guillaume-Thomas-Francois, 378

Rein, Adolf, *85,* 87, *212, 303, 383*

Rivier, A., 128, 293-94 Rolin-Jaequemyns, Gustave, 281

Roosevelt, Franklin D., 391 Rotteck, Karl Wenzeslaus, *383* Rousseau, Jean-Jacques, 172,

176-78, *308* Russell, Lord John, 399

Sa Vianna, *290* Saint-Simon, 48, *383* Savigny, Friedrich Karl von, 14, 301

Scheuner, Ulrich, *87* Schindler, Dietrich, *332, 406* Schmitthenner, Heinrich, *35* Schmoller, Gustav von, *297* Schönborn, W., 240 Schultes, R.M., *42* Scott, James Brown, 129-30, 345, 351, 430 Seiden, John, 218 Sepulveda, Juan Gines de, 106-107

Seward, William Henry, 398 Shakespeare, William, *169* Shotwell, James T., 351, 354 Silberrad, Johann Paulus, *127* Smedal, Gustav, *373* Sohm, Rudolf, *43* Sombart, Werner, *298* Soto, *116,* 144, 180 Spengler, Oswald, 48 Staedler, E., *85* Stein, Lorenz von, 269, 300 Stier, Hans Erich, 63 Stierlin, Peter, *406* Stimson, Henry Lewis, 393, 406, *407* Stirner, Max, 96 Stoerk, F., *73* Strauss, Leo, 97 Suärez, Francisco, 154-55

Talleyrand, 176, 252 Thierry, Augustin, *383* Thionville, Eugène, *31* Tocqueville, Alexis de, 48, 269, *383*

Tommaso d'Aquino, *41,* 122, 183

Tönnies, Ferdinand, *97* Trelles, Camilo Barcia, 14, *129* Triepel, Heinrich, 300 Trier, Jost, 64

Unden, *353* Unwin, George, *329*

Vattel, Emmerich de, 197-200, 397

Vázquez, Gabriel, 144, 180 Verdross, Alfred von, 63, *339* Vico, Giovan Battista, 26 Victor, Max, *298* Virgilio, 21

Visscher, Charles de, *336* Vitoria, Francisco de, 89, 104 sgg., 149, 183, 217, *365,* 431 Vogt, Joseph, *32*

Wagner, Hermann, *92* Washington, George, 382, 398 Weber, Max, 59 Wehberg, Hans, 227 Wengler, Wilhelm, *74, 247* Westlake, John, *111, 180, 231,* 241, 291, 301 Wheaton, Henry, 289, 397 Whitton, John B., 391 Wilson, Thomas Woodrow, 307, 311, 348, 390-91 Winstanley, Lilian, *169* Wolff, Christian, 154, 201 Wolgast, Ernst, *111*

Zentgrav, Johann Joachim, *127* Zouch, Richard, 137, 147, 155, 193-96, 211, 411

INDICE ANALITICO

I numeri in corsivo rinviano alle note

Aaland, isole, 242 Abissinia, 286, *vedi anche* Etiopia

aggressione, 131-32, 135, 316, 335, 361, *vedi anche* attacco

- atto di, 356
- compiere un', 131, 135, 355 sgg.

Aja, conferenza dell', 290, 293, 304, 335, 424 Alsazia-Lorena, 232, 238 America, 91, 106, 369-70, 379-81, *vedi anche* emisfero occidentale; mondo, nuovo; natura, stato di *amity line, vedi* linea amnistia, immanente a ogni trattato di pace, 204, 339, 411

anarchia, 39, 52 sg,, 227, 383 argomentazione giuridica e irrealtà, 221 sg. aria

- guerra aerea, 422 sgg.; teatro e dimensione della, 428
- nuova dimensione, 29

armi a lunga gittata, divieto delle, 165, 430-31

Assia, 254 attacco, 356-57

— *crime de l'attaque,* 130, 135, 356-57

auctoritas, del papa, 45, 51, 52, 119, 138

barbari, 112-13, 297 Belgio, 279-80, 322, 336, *vedi anche* neutralità del bacino del Congo *belligerency,* 200, 394 sgg. blocco, 426

— violazione di un, 412 sgg. bonapartismo, 48

bottino, 192-93, 415, 416, 425 Bruxelles, *273, 308* bucanieri, 91

cartografia, 151

casati principeschi (dinastie) nel diritto internazionale, 146 Cecoslovacchia, *318* cesarismo, 47-48, 383 Chiesa, Stato della, 319 civilizzazione

— diventa giuridicamente irrilevante, 297

— come titolo giuridico della conquista territoriale, 112-13, 272 sgg., 289, 376 sgg.

Cobden, convenzione, 298 *comitas gentium*, 172 compagnie

— coloniali, 148, 271-72

— commerciali, 148, 271 concetti, qualificazione dei, 301 Congo

— bacino del, 276

— conferenza sul (1885), 235

— Società del, 269 sgg. conquista, 104-107, 121-22, 249-51

— territoriale, 23-24; significato della parola, 73-74; di territori africani, 269 sgg.; titolo legale della c. t. di un nuovo mondo, 104 sgg., 157 sgg.

contrabbando, 412 sg. corona, 48-49, 143, 146 costituzionalismo: standard del c. liberale e della divisione tra Stato ed economia, 244-45, 260, 298-99, 404 costituzione

— standard, 244-45, 260, 329

— variabile, 244-45, 252-56 criminalizzazione

— dell'aggressione, 135, 316, 347 sgg.

— giuridica e morale, 351-52, 362-64

— della guerra di aggressione e della guerra ingiusta, 351 sgg., 366-67

crimini internazionali, 128 sgg., 335 sgg., 356 cristianità, *vedi* impero, Medioevo, *Respublica christiana* crociate, 41, 132, 144

— di civilizzazione, 272-73

— contro il nemico ingiusto, 203
— come titolo giuridico della conquista territoriale, 120
Dante, *Monarchia,* 47 decisionismo del pensiero giuri-dico-statale, 185, 214 deteologizzazione, 164, 205-206, *vedi anche* giuristi diritto, scienza del, e teologia, 126 sgg.
diritto internazionale, 289 sgg., *vedi anche jus gentium* e *inter gentes*
- africano, 273, 292
- americano, 289 sgg.
- asiatico, 234-35
- delitto di, 335 sgg., 356, *vedi anche* criminalizzazione
- distinzione tra diritto interstatale e internazionale, 266, 291, 300
- filosofico-naturalistico, 154-55
- interstatale europeo, 142 sgg., 288-89
- del Medioevo cristiano, 38 sgg
- preglobale, 30 sgg.
- positivistico, 278
- positivo, 153
- privato, 301
- prospetto delle possibili forme del, 264-65
diritto di natura, *vedi* diritto internazionale diritto romano, 157, 211 discriminazione, *vedi anche justus hostis*
- dell'avversario, 136-38
- del vinto, 339 dualismo
- interno ed esterno, 263-64, 300
- interstatalità ed economia internazionale, 299-302
eccezione, stato di, 258-61 economia, 238, 261, 264, 298 sgg., *vedi anche* libertà

- mondiale, 301, 302
- e politica, 329
— sistema economico, 243-45 effettività
— nel diritto internazionale, 28
— dell'occupazione, 148, 276
— del potere sovrano statale, 240
egemonia, 33, 232 emisfero occidentale, 81, 101, 234, 288, 323, 368 sgg. equilibrio
— europeo, 156, 170, 185-86, 191, 198-200, 206, 231-32
— dei grandi spazi, 303
— mondiale, 303
— non marittimo, 303
— di terra e mare, 209, 220 erasmismo, 123 *Erewhon,* 216
Estrada, dottrina di, 405 Etiopia, 286, 309, 310 Europa
— extraterritorialità degli Europei nelle terre esotiche, 224
— unione europea, 312, 328
— come vecchio mondo, 82-83, 380 sgg.
filibustieri, 91
foe, 431, *vedi anche* nemico Francia
— concetto dello *status quo,* 314
— modello di Stato sovrano, 143, 198, 208
geografia, 84, 91 sg., 373-74 Giappone, 234, 270, 274, 293, 295, 296, 382 Ginevra
— Lega di, 237; ed emisfero occidentale, 323; e *status quo,* 313-14
— protocollo di (1924), 133, 351 sgg.

giuristi, separazione dai teologi, 117 sg., 133 sg., 141 sg., 144, 151-54, 164-65, 205, 210 Groenlandia, 372

guerra

— d'aggressione giusta, 359

— civile, 137, 143 sgg., 164 sgg., 200, 396; americana, 394; confessionale, 143; giusta, 398-400; spagnola, 396; superamento della, per mezzo dello Stato, 164-65, 315; *vedi anche* riconoscimento di ribelli

— coloniale, 166, 223, 278, 394

— di combattenti, 167-68, 259

— criminalità di, 337 sgg.

— dottrina rousseauiana della, 175-78

— duello, 165-67, 408

— in forma, 199

— giusta, 131-33, 136-37, 165-67, 181, 190-91, 204-205, 359-60, 429-31

— limitazione della, 64 sgg., 98, 103, 144, 166-67, 175-78, 259; tramite l'equilibrio, 198-99, 227, 280-81, 309, 315, 429

— come misurazione delle forze, 201

— con i moderni mezzi di annientamento, 410 sgg.

— mutamento di significato della, 335 sgg.

— non discriminante, 179 sgg.

— privata, 180, 189

— prospettive illuminanti sulla, 167

— punitiva, 136-37, 202

— di religione, 143

— santa, 41

— di secessione, 200, 389, 394, 412

— statale, 164 sgg.; non discriminante come superamento della guerra civile di religione, 143 sgg.
— terrestre: ordinamento della, 260-61; teatro della, 410 sgg.; *vedi anche* limitazione della
— totale, 165
homo homini lupus, deus, homo, 95-96, 108-109, 173
— *magnus homo,* 168 *hospitalitas,* 40 *hostis*
— *justus, vedijustus hostis*
— *perpetuus,* 150
impero, 42-47, 144
— coesistenza di imperi, 36-37
— diritto internazionale fra imperi, 35-37, 265
incarico di missione come titolo giuridico per la conquista territoriale, 118 sgg. *ìnchoate title, vedi* titolo Inghilterra
— e criminalizzazione della guerra di aggressione, 309-10, 364-65
— libertà del commercio e del mare, 266
— passaggio a un'esistenza marittima, 29, 214 sgg.
— passaggio alla Rivoluzione industriale, 29, 216, 333
— politica di equilibrio, 170 sg., 209, 416-17
— e *status quo,* 314 inimicizia
— naturale, 31 sg.
— non è un concetto intrastatale, 188-89
Inter caetera, 85
interesse, sfere di, 271, 272, 379
intervento, 288, 324, 326, 401, *402*
— moderno: trattati come e-spressione della sovranità spaziale, 323-24
— umanitario, 116 isolamento

— dilemma tra i. e intervento, 288, 326, 388 sgg.
— dell'emisferooccidentale,326, 379
Italia, 235, 271, 309, 396 *jus gentium* e *inter gentes,* 146 *jus postliminii,* 180, 251-52 *jus publicum Europaeum*
- dissoluzione dello, 287 sgg.
- origine dello, 163 sgg.
- schema dell'ordinamento spaziale sviluppato dello, 224
justa causa belli, 133 sgg., 164 sgg., 180 sgg., 198-99, 361 sgg., 395 *justus hostis,* 32, 133 sgg., 155, 165-67, 175, 180-82, 186, 259, 363, 395, 410 sgg., 429-30
- nella guerra civile, 200, 399-400
kat-echon, 42 sgg., 82 Kellogg, patto, 366, 391 Kirkwall, prassi di, 419
legalità, 60-61, 324-25, 395 legge e nomos, 55 sgg. legittimità, 63, 254, 260, 324-25, 395 Leviatano, 96, 172, 174, 194 Liberia, 273 libertà
- America, asilo di, 379 sgg.
- di commercio, 123-31, 210, 266, 275-76
- dell'economia e dell'ordinamento del mercato, 243-44, 298-99
- del mare, 20-21, 163, 207 sgg., 217-18
- di missione e di propaganda, 123, 132
- del nuovo mondo, 92-93, 163
- del territorio, 380-85 linea
- d'amicizia, 90 sgg., 153-56, 276-77, 279, 300, 375, 431
- globale, 89 sgg., 375 sgg., *vedi anche* emisfero occidentale
mare, 20 sgg., 207 sgg., *vedi anche* Monroe, dottrina di; zona di sicurezza
— la « guerra libresca dei cent'anni » per la libertà del, 216 sgg-

— guerra marittima, 411 sgg.
— libero, 208
— libertà elementare del, 20, 93-94, 207 sgg.
— *Mare libertini*, di Ugo Grozio, 151-52
— occupazione di, 22, 210, 371
— *res communis*, 20, 93, 211 sgg.
— *res nullius*, 211 sgg.
— uso comune del, 208-13
— zona delle tre miglia marine, 220 sgg.
martial law, 100 Medioevo
— fine del, 144
— ordine spaziale del, 38 sgg., 120-21
mentalità storica, in Viloria, 113-14
Monaco, accordi di (1938), 318 mondo, nuovo, 82-83, 148, 381 sgg., 385 Monroe, dottrina di, 234, 325 sgg., 368 sgg., 396
— duplice aspetto della, 371 mutamenti territoriali, 225 sgg.
— all'interno dello *jus publicum Europaeum*, 233 sgg., *vedi anche* Stati, successione tra
Napoleone I, 255 Napoleone III, 48, 383 natura, stato di, 95 sgg., 172-73, 202, 379
— America come dominio dello, 96, 97, 379-80
— secondo Hobbes, 95-96, *97*
— secondo Locke, 97
— secondo Rousseau, 379 nemico *(inimicus, adversarius, ho-*
stis), 194-95, *vedi anche hostis, justus hostis*
— distinzione tra n. e criminale, 134 sgg., 205

— *foe*, 431 neutralità
— del bacino del Congo, 276 sgg.
— del Belgio, 322
— come eguale amicizia, 197, 392
— nella guerra civile, 200-201, 400
— e obiettività di Francisco de Vitoria, 111
— della Svizzera nell'ordine spaziale dello *jus publicum Europaeum*, 318 sgg.
neutralizzazione, 233, 318
— del Belgio, 282-83
— della Svizzera, 319-20 nichilismo, 39, 53, 228-29, 383 nomos
— del diritto internazionale europeo, 174 sgg., 208 sgg., 233-34
— come principio costituzionale, 70
— questione di un nuovo n. della terra, 269 sgg.
— significato del termine, 54 sgg
— come sovrano, 62 sgg. *nullum crimen sine lege*, 343, 353, 363, *vedi anche* criminalizzazione
occupatio bellica, 247 sgg., 424 occupazione
— militare, 247 sgg.
— di terre, *vedi* conquista territoriale
— come titolo giuridico della conquista territoriale, 120, 142, 147 sgg., 152, 158-59, 275 sgg.
ordinamento e localizzazione, 13, 19 sgg., 381-82 *ordo ordinans*, 75 *ordre public*, riserva dell', 301 *outlawry of the war*, 354, 356-57
pace
— amnistia e, 204, 339, 411

— distinzione di nemico e criminale come premessa della, *vedi justus hostis*

— localizzazione della, 42, 319

— primo trattato di p. scritto, 33 papa e imperatore, 45, 144, *vedi*

anche crociate, incarico di missione parallelo: grande p. storico, 48 Parigi

— conferenza di (1856), 233,412

— trattati periferici di (1919), 245, 306-307

peaceful change, 226, 316, 317, 359

persona moralis, 169 *personal analoga,* 172 personalizzazione

— come premessa di cortesia e diritto, 172

— Stati come persone sovrane,

168 sgg.

pirati, 21, 50, 135, 210 sgg., 220

politica ed economia, 329, 386-87 Polonia, 198 *populus christianus,* 41 positivismo, 304-305, 311 *possessorium*, 313, 361 sgg. potenze, grandi, 233-34, 396 *potestas*

— *indirecta,* 142, 175

— *spiritualis,* 141

prede, giurisdizione delle, 413-14

proprietà, 238, 244 sgg., 276

— degli indigeni, 110, 246 protezione e obbedienza, 425

radicai title, vedi titolo *raya,* 86 sgg., 375, *vedi anche* linea globale *recognition,* 393 regime, mutamento di, 254 *regio*

- *citjus r., eius oeconomia, 145,* 330, 333, 409

- *cujus r., eius religio,* 145, 189, 330

respublica christiana, 41 sgg., 121 ribelli, 180

riconoscimento, 296, 393, 403-404. *vedi anche* Stimson, dottrina di

- di una bandiera, 287
- di grandi potenze in quanto tali, 234
- di mutamenti territoriali, 229-37, 282
- mutamento di significato del, 388
- di nuovi Stati, 296
- reciproco dei sovrani come *justi hostes,* 168-69, 393
- di ribelli, 200, 394, 398 riparazioni, 330 sgg., 349 *Roma aelema,* 42 sgg., 82

sacerdotium, 50, 51 scoperta, come titolo giuridico della conquista territoriale, 111, 147 sgg., 270-71 sottomarino, 418-19 sovranità
- mutamento della, 237 sgg., 248-49, 254
- persone sovrane, 168-69
- statale, 142 sgg. spazio, 64 sgg., 372
- America come s. della libertà, 379
- grandi spazi, organizzazione di, 37, 297 sgg., 302-304, 310-11, 368-69, 389
- immagine spaziale del teatro di guerra, 410 sgg.
- ordinamento spaziale; duplice: terra e mare, 208 sgg.; eurocentrico, 163 sgg., 174 sgg., 242-43, 283; globale, 236, 379; della Lega di Ginevra, 306 sgg.; lato economico dell', 243; del Medioevo cristiano, 38 sgg.; dello Stato, 141 sgg., 172; della terra, 379
- trasformazione dello s. nella guerra aerea, 422 sgg.

status quo
- garanzia dello, 314
- nella Lega di Ginevra, 313 sgg., *vedi anche possessorium*

status territoriale, 99, 153, 174-75, 233, 275 sg,, 297, 380
- coloniale, 246, 276, 279-80, 297, 380

Stato

- autore di azioni criminali, 354-55
- continuità dello, 253
- dottrina hegeliana dello, 175-78
- ed economia, 298-99
- come entità portante del diritto internazionale, 163 sgg., 295-96
- come ordinamento territoriale, 141 sgg., 174-75, 250
- significato del termine, 142, 264
- successione tra Stati, 237 sgg.
- triplice impresa storica dello, 144-45

Stimson, dottrina di, 393, 406 sgg.

Svizzera, 233, 319

- *situation unique* della, 320

talassocrazia, 21 sg.

teologi, *vedi* giuristi

terra

- centro della, 83
- come madre del diritto, 19 sg.
- e mare, 13-14, 28-29, 94, 207 sgg., 212, 411
- di nessuno del libero commercio marittimo nella guerra marittima, 413

territorio

- africano, 270 sgg.
- coloniale, 148, 223-24, 246, 271, 297
- statale, 223-24, 277, 325, 369, *vedi anche* status territoriale

theatrum belli, 166, 426

tirannide, 50

titolo

- giuridico della conquista territoriale, 105 sgg.; delle crociate e della guerra giusta, 115-16; e incarico di missione, 118-19; e occupazione, 147 sgg.; e scoperta, 149 sgg.; *vedi anche* libertà di commercio, civilizzazione

- *inchoate title*, 73, 74, 385

- *radical title*, 111, 271 Tobar, dottrina di, 404 *topos*, 21 sg., *vedi anche* utopia Transvaal, 241

ucronia, 151

uguaglianza di Stati belligeranti, 166-67, 180-81, 320, 411

- come amicizia in neutralità, 196-97, 391-92

- non u. nella guerra marittima, 412-14

umanisti, 181, 187 umanità, 154, 156, 288, *vedi anche* uomo

- duplice aspetto dell', 108 sgg. unità globale del mondo, pretesa all', 389

uomo (non-uomo, superuomo, sottouomo), 107-108 utopia, 53, 96, 215-16 Utrecht, pace di (1713), 218, 220, 231

Versailles, trattato di, 233, 322-23, 336 sgg.

- articolo sulle responsabilità di guerra nel, 347 sgg.

Vienna, Congresso di, 191, 259

Young, piano, 330

zona, *vedi anche* interesse, sfere di; spazio, grandi spazi; emisfero occidentale; Monroe, dottrina di

di autodifesa, 369

di sicurezza, 370

delle tre miglia, 220, 221-23, 420

ÍNDICE

INDICE 6

IL NOMOS DELLA TERRA 10

PREFAZIONE 11

I. CINQUE COROLLARI INTRODUTTIVI 15

1. Il diritto come unità di ordinamento e di localizzazione 16

2. Il diritto internazionale preglobale 28

3. Cenni sul diritto internazionale del Medioevo cristiano 37

4. Sul significato del termine nomos 54

5. La conquista territoriale come processo costitutivo del diritto internazionale 73

II. LA CONQUISTA TERRITORIALE DI UN NUOVO MONDO 80

1. Le prime linee globali. (Dalla « raya », attraverso la « amity line », alla linea dell'emisfero occidentale) 81

2. La giustificazione della conquista territoriale di un nuovo mondo (Francisco de Vitoria) 106

3. I titoli giuridici della conquista territoriale di un nuovo mondo. Scoperta e occupazione 147

III. LO «JUS PUBLICUM EUROPAEUM » 169

1. Lo Stato come entità portante di un nuovo ordinamento spaziale della terra a carattere interstatale ed eurocentrico 170

2. La trasformazione delle guerre medioevali (crociate o faide) in guerre statali non discriminanti 188

(da Ayala a Vattel)
3. La libertà dei mari 218
4. Mutamenti territoriali 238
5. Cenni sulle possibilità e sulle componenti del diritto intemazionale non relative allo Stato 279
IV. LA QUESTIONE DI UN NUOVO NOMOS DELLA TERRA 284
1. L'ultima conquista territoriale europea complessiva. (La conferenza sul Congo del 1885) 285
2. La dissoluzione dello «jus publicum Europaeum (1890-1918) 304
3. La Lega di Ginevra e il problema dell'ordinamento spaziale della terra 324
4. Il mutamento di significato della guerra 355
5. L'emisfero occidentale 391
6. Il mutamento di significato del riconoscimento giuridico-internazionale 413
7. La guerra con i moderni mezzi di annientamento 437
LA RICERCA DEL NOMOS 461
DI EMANUELE CASTRUCCI 461
INDICE DEI NOMI 471
INDICE ANALITICO 478